

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



A Responsabilidade dos Administradores Societários no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Maria Luísa Monteiro Maciel Neiva

Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios

Orientada pela Mestre Maria do Rosário Epifânio

ESCOLA DE DIREITO – PORTO

JUNHO 2011

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



A Responsabilidade dos Administradores Societários no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Maria Luísa Monteiro Maciel Neiva

Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios

Orientada pela Mestre Maria do Rosário Epifânio

ESCOLA DE DIREITO – PORTO

JUNHO 2011

Aos meus Pais

Ao meu querido Luís

AGRADECIMENTOS

Alcançado o desfecho de mais uma etapa da minha vida académica, cumpre-me, amavelmente, agradecer a todos aqueles que têm caminhado ao meu lado e contribuído para tornar possível a realização de todos os meus objectivos.

Não poderia deixar de começar por agradecer aos meus pais, por todo o carinho e amor que desde sempre me transmitiram, pelos valores que me inculcaram e por me apoiarem incondicionalmente em todas as minhas decisões. Por terem feito de mim a pessoa que hoje sou, por naturalmente me terem conduzido ao encontro do Direito e por todas as oportunidades que ao longo da vida me têm proporcionado, a eles sou eternamente grata.

Ao meu irmão agradeço o tempo, a compreensão e o sorriso que me dedicou sem reservas.

Ao Luís, por acreditar e me fazer acreditar que tudo é possível e com quem, ao longo desta longa jornada, partilhei dúvidas, angústias, mas principalmente alegrias, por ter sempre uma palavra de amor e de força para me confortar, devo-lhe todos os momentos que fizeram certamente deste percurso, um percurso bem menos solitário.

Aos meus amigos que, diariamente, me apoiaram e fortaleceram a minha postura para encarar este trabalho, agradeço-lhes todas as palavras de alento.

À Sociedade de Advogados Miguel Veiga, Neiva Santos e Associados, pela compreensão e disponibilidade que me concedeu para a elaboração deste trabalho.

Ao Dr. Luís Neiva Santos, pela sincera amizade e sabedoria com que todos os dias me presenteia, contribuindo para fortalecer o meu gosto pelo Direito assim como o meu crescimento enquanto pessoa, jurista e advogada.

Em especial, à Mestre Maria do Rosário Epifânio, pelo conhecimento de excelência que generosamente comigo quis partilhar, pelas palavras de incentivo e motivação, sobretudo pela constante presença e apoio e, por desde o início desta excursão, me ter demonstrado que, em momento algum, caminhava sozinha.

SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|-------------|--|
| AAVV | Autores Vários |
| Ac. | Acórdão |
| Acs. | Acórdãos |
| al. | alínea |
| als. | alíneas |
| art. | artigo |
| arts. | artigos |
| BFDUC | Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra |
| BMJ | Boletim do Ministério da Justiça |
| CC | Código Civil |
| cfr. | confrontar |
| CIRE | Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas |
| <i>cit.</i> | citado |
| coord. | coordenação de |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CPEREF | Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| CSC | Código das Sociedades Comerciais |
| disp. | disponível em |
| DL | Decreto-Lei |

| | |
|-----------------|--|
| DPreamb. | Diploma Preambular |
| ed. | edição |
| ex. | exemplo |
| exs. | exemplos |
| <i>ibid.</i> | <i>ibidem</i> |
| <i>id.</i> | <i>idem</i> |
| IDET | Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho |
| <i>InsO</i> | Insolvenzordnung |
| <i>LC</i> | Ley Concursal |
| MJ | Ministério da Justiça |
| MP | Ministério Público |
| n. | nota |
| nº | número |
| nºs | números |
| nts. | notas |
| <i>op. cit.</i> | obra citada |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| Preâmb. | Preâmbulo |
| PUC | Publicações Universidade Católica |
| RDES | Revista de Direito e de Estudos Sociais |
| reimp. | reimpressão |
| RFDUNL | Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa |

| | |
|------|----------------------------------|
| ROA | Revista da Ordem dos Advogados |
| s.d. | sem data |
| Sep. | Separata |
| ss. | seguintes |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |
| t. | tomo |
| TRC | Tribunal da Relação de Coimbra |
| TRE | Tribunal da Relação de Évora |
| TRG | Tribunal da Relação de Guimarães |
| TRL | Tribunal da Relação de Lisboa |
| TRP | Tribunal da Relação do Porto |
| UNL | Universidade Nova de Lisboa |
| V. | <i>Vide</i> |
| vol. | volume |

CAPÍTULO I – Introdução

Vivemos numa época em que a palavra “insolvência” passou a integrar o léxico do nosso quotidiano, como consequência da crise económica que persiste em dominar a actualidade. Uma vez cientes dos problemas práticos e jurídicos que o Direito da Insolvência, enquanto ramo autónomo do direito, suscita, tornou-se um verdadeiro desafio desenvolver um tema neste âmbito. Desafio este que assumimos com seriedade e empenho, conscientes de que qualquer tema insolvencial que nos propuséssemos abraçar seria decerto da maior conveniência e nasceria marcado por forte sentido de oportunidade.

A problemática da tutela dos credores societários desde cedo nos suscitou interesse, essencialmente quando esta tutela aparece beliscada pela actuação culposa dos administradores das sociedades. Ao longo do presente estudo, pretendemos descortinar quais os mecanismos que o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas prevê de forma a conceder uma tutela efectiva aos credores da sociedade quando confrontados com uma insolvência para a qual contribuiu ou foi mesmo determinante o comportamento doloso ou com culpa grave dos administradores societários.

É com este objectivo em mente que desenvolveremos este trabalho, partindo do pressuposto de que nos cingimos à insolvência dos tipos legais de sociedades por quotas e anónimas, que se reconduzem aos exemplos mais paradigmáticos de sociedades no tecido socioeconómico português. Neste tipo de sociedades vigora o princípio da responsabilidade limitada que assume, no âmbito insolvencial, enorme destaque, uma vez que a garantia comum dos credores se restringe ao património social.

Começaremos por expor a relevância que assume a satisfação dos interesses dos credores enquanto finalidade do processo da insolvência, assim como por reconduzir o Direito da Insolvência a um ramo do Direito das Obrigações. De seguida, pretendemos clarificar o conceito de administrador à luz do CIRE e fazer ainda uma breve alusão ao regime da responsabilidade dos administradores societários no âmbito do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência. Posto isto, e perante o vazio legal com que nos iremos deparar no CIRE em relação ao que foi o regime do direito pretérito, tentaremos destringir quais os meios que aquele Corpo de Leis disponibiliza aos credores sociais com o fim de colmatar tal omissão, passando, inevitavelmente, pelo incidente de qualificação da insolvência. Faremos ainda uma resenha sobre os aspectos adjectivos que o legislador insolvencial se reservou a

positivar, *in casu*, a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência, para propor e fazer seguir as acções de responsabilidade dos administradores societários perante a sociedade e os credores sociais. Por último, abordaremos o dever de apresentação à insolvência, que, pela relevância que assume, é bem merecedor de especial atenção.

CAPÍTULO II – A Finalidade do CIRE

1. Breve conspecto

O presente trabalho enquadra-se no âmbito do Direito da Insolvência, tornando-se, deste modo, imperioso tecer algumas considerações no que respeita ao enquadramento jurídico deste ramo do Direito e ainda à finalidade que lhe serve de base.

Recorrendo à etimologia da palavra *insolvência*, deparamo-nos com a palavra *solvência* que representa a sua antítese. Esta, oriunda do verbo latino *solvere*, significa “desatar, livrar, pagar, resolver”¹. Transpondo-a para o universo jurídico, *insolvência* significa a situação de alguém “que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”².

Desta forma, o Direito da Insolvência visa, por um lado, tutelar a precária situação do devedor e, por outro, dotar os credores de mecanismos que permitam a satisfação dos seus direitos³. Aliás, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas⁴ proclama a *satisfação dos interesses dos credores* como finalidade única do processo de insolvência⁵, afirmação esta inúmeras vezes plasmada ao longo do Diploma

¹ V. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 2ª ed., Almedina, 2010, p. 11, n. 1; MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 3ª ed., Almedina, 2011, p. 15.

² Cfr. nº 1 do art. 3º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Não obstante, o conceito de insolvência pode assumir duas vertentes (nº 1 e nº 2 do referido artigo), reconduzindo-se a vertente ora citada ao “conceito básico de insolvência”, vide CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, reimp., Quid Iuris, 2009, p. 70, n. 3.

³ No mesmo sentido MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 16.

⁴ Aprovado pelo DL nº 53/2004, de 18 de Março e alterado pelo DL nº 200/2004, de 18 de Agosto, pelo DL nº 76-A/2006, de 29 de Março, pelo DL nº 282/2007, de 7 de Agosto, pelo DL nº 116/2008, de 4 de Julho e pelo DL nº 185/2009, de 12 de Agosto. Doravante, *brevitatis causa*, apenas designado pelas suas iniciais, CIRE. Os artigos citados de ora em diante sem indicação da referência ao respectivo diploma legal são respeitantes ao CIRE, a não ser que algo diferente resulte do contexto.

⁵ Esta posição é perfilhada por vários Autores, entre eles, ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 13; JOÃO LABAREDA, *O Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Alguns Aspectos Mais Controversos*, in “IDET” – Miscelâneas, nº 2, Almedina, 2004, p. 11; MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa in Agendo*, 2ª ed., Almedina, 2011, p. 218; PEDRO DE

Preambular, de que é exemplo a seguinte passagem: “O objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores” – cfr. nº3.

Podemo-nos questionar sobre a razão que leva a que os credores assumam um papel tão primordial no processo da insolvência. De facto, os credores são titulares do principal interesse que o direito concursal visa tutelar “que consiste no pagamento dos respectivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral”⁶.

Pretende-se que este escopo seja alcançado através de uma de duas soluções, quer recorrendo à liquidação dos bens integrantes do património do devedor, cujo produto da venda será alvo de repartição pelos credores, quer recorrendo a um plano de insolvência aprovado no processo, cujo conteúdo é passível de assumir diversos contornos⁷, afigurando-se de certa forma como a possibilidade mais paradigmática, a recuperação da empresa⁸. Sem dúvida que é dada grande margem ao individualismo⁹ e à autonomia privada dos credores, desde logo pela amplitude de meios alternativos que o legislador lhes faculta, tendo invariavelmente em vista a satisfação dos seus interesses. Nada melhor que os próprios credores para avaliarem a forma que irá potenciar mais cabalmente os seus interesses¹⁰.

ALBUQUERQUE, *Declaração da Situação de Insolvência*, in “O Direito”, II, ano 137º, 2005, pp. 508-509; MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 5ª ed., Almedina, 2009, p. 51, n. 3. De forma diversa da que é perfilhada por todos estes Autores, CARVALHO FERNANDES considera que o CIRE ditou o regresso ao sistema da falência-liquidação que, desde os primórdios, caracterizou o sistema português até à introdução do CPC de 1961, onde passou a vigorar o sistema da falência-saneamento. Estas considerações ficam a dever-se ao facto de o Autor considerar que “globalmente considerado, o regime do *Código* é dominado pela finalidade de liquidação da massa insolvente”. V. CARVALHO FERNANDES, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português*, in “Colectânea de Estudos sobre a Insolvência”, Quid Juris, 2009, p. 66. No mesmo sentido, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, in “O Direito”, II, ano 142º, 2010, p. 983.

⁶ Cfr. nº 6 do DPreamb.

⁷ Tantos quanto os legalmente admitidos como forma alternativa à liquidação. Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 58, n. 10.

⁸ No sentido de que a recuperação da empresa assume carácter *primordial* no âmbito do plano de insolvência, desde logo tendo em conta a letra da lei, *maxime* art. 1º *in fine*, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 7ª ed., reimp., Almedina, 2010, p. 333. Não obstante, MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 81, considera que esta finalidade surge subalternizada. Já para CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução*, 4ª ed., Almedina, 2010, p. 20, a recuperação está agora menos atingível.

⁹ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 82.

¹⁰ Esta ideia é reiterada no ponto 3 do DPreamb “[s]endo a garantia comum dos créditos o património do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia”. Para uma análise mais detalhada da concretização desta autonomia privada conferida aos credores veja-se MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé...*, cit., pp. 220-221.

O processo de insolvência traduz-se num processo *concurzal* e *universal*¹¹. *Concurzal*, tendo em conta que, por um lado, concorrem neste processo todos os credores do devedor, não obstante a tipologia do seu crédito (cfr. art. 47º), e por outro, pela existência de uma relação de tendencial igualdade entre eles¹² – que radica na máxima *par conditio creditorum*¹³. *Universal*, uma vez que todos os bens do património do devedor são apreendidos para posterior liquidação¹⁴. No entanto, temos de ressaltar que só integrarão esta universalidade dos bens do devedor, os bens penhoráveis ou relativamente penhoráveis, estes últimos desde que por este voluntariamente apresentados (cfr. nº 2 do art. 46º). Vigora assim na sua plenitude o princípio plasmado no art. 601º do CC regendo que, “pelo cumprimento das obrigações, respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios”.

Apesar do processo de insolvência ser concebido como um processo *sui generis*¹⁵, já que contém tanto elementos declarativos como executivos¹⁶, ele é na sua essência um processo executivo com elementos declarativos¹⁷, surgindo estes como dependência daquele. A sobreposição da função executiva¹⁸ deve-se ao facto da finalidade do processo da insolvência consistir na satisfação dos interesses dos credores, finalidade esta que será alcançada primordialmente através do meio “mais enérgico e

¹¹ Adoptamos a classificação sugerida por ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 12. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pp. 19-20, opta por classificar o processo de insolvência de *colectivo e genérico ou total*.

¹² De notar que este princípio vigora apenas entre credores comuns (cfr. art. 176º), não titulares de um direito real de garantia. De facto, um credor que tenha um direito real de garantia tem direito a ser pago preferencialmente face a outros credores titulares de direitos de garantia constituídos posteriormente ao seu, ou então, relativamente aos credores comuns.

¹³ CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito, O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Ed., 2009, p. 10, afirma que a insolvência é “o domínio de aplicação por excelência” deste princípio. RUI PINTO DUARTE, *Classificação dos Créditos sobre a Massa Insolvente no Projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, in “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, MJ, Coimbra Ed., 2004, p. 54, dá-nos conta que o nº 1 do art. 604º do CC é um reflexo desta máxima. No mesmo sentido, ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português*, in “Prim@Facie”, n.º 7, 2005, www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/jul_dez_o5.htm, p. 18.

¹⁴ Ressalte-se a hipótese de não se optar pela liquidação mas sim por um plano de insolvência que dispense a alienação dos bens do insolvente. V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., pp. 59-60, n. 15.

¹⁵ V. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 22.

¹⁶ Como elementos de natureza declarativa podemos enumerar, a título de exemplo, os apensos e incidentes, entre eles, a verificação de créditos (128º e ss.), a restituição e separação de bens (141º e ss.) e os incidentes de qualificação da insolvência (188º e ss.).

¹⁷ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pp. 18-21.

¹⁸ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Apreensão, Restituição, Separação e Venda de Bens no Processo de Falência*, in “RFDUL”, vol. 36, 1995, p. 372.

importante”¹⁹, ou seja, do processo executivo. Se atentarmos ao disposto no n° 3 do art. 4° do CPC verificamos que o processo executivo tem como finalidade a obtenção de providências adequadas à reparação efectiva de direitos de crédito violados²⁰.

2. A satisfação dos interesses dos credores

Feita esta breve excursão, estamos agora em posição de englobar o Direito da Insolvência no universo dos direitos de natureza privada, onde se reúnem normas emergentes de diversos ramos de Direito, nomeadamente, o Direito Comercial, o Direito Civil, o Direito Processual Civil e o Direito Internacional Privado.

O Direito da Insolvência, como direito autónomo que é, constitui um ramo do Direito das Obrigações, mais concretamente do Direito de responsabilidade patrimonial²¹. De facto, uma *obrigação* consiste numa relação da vida social tutelada pelo Direito, num “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação” – art. 397° CC. Assim, de um lado temos o sujeito passivo a quem assiste o dever jurídico de realizar uma prestação e, do outro lado, temos o sujeito activo do direito adstrito a essa mesma prestação, a esse mesmo crédito²². Trata-se pois de uma relação estabelecida entre pessoas determinadas e que tem por objecto um comportamento específico.

De notar, que uma *obrigação* não é um fim em si mesmo, mas consiste num meio, num instrumento destinado a assegurar a satisfação do interesse do credor²³, resultado que se obtém através da realização da prestação correlativa do devedor. Não devemos ser alheios ao facto de entre os instrumentos que compõem a garantia deste crédito se incluir o chamado poder de execução, cuja titularidade pertence ao credor²⁴.

¹⁹ As palavras são de VAZ SERRA, *Responsabilidade Patrimonial*, in “Sep. do BMJ”, 1958, n° 75, p. 17.

²⁰ Não nos deve ser alheia a letra da lei do art. 1° que dispõe “o processo de insolvência é um processo de *execução* universal” (itálico nosso). De notar que apenas quando se opta pelo modelo supletivo da liquidação é que a natureza executiva universal do processo da insolvência ganha notoriedade. V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 60, n. 15. No entanto, o processo insolvencial enquanto processo executivo concursal e universal, distingue-se do processo executivo singular. De facto, neste último apenas intervêm no processo o exequente e os credores com garantia real sobre os bens penhorados, vigora o princípio da prioridade e procede-se à liquidação de bens do património do devedor em função de um crédito específico. Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 19-20.

²¹ Cfr. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 11; MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da Insolvência*, in “O Direito”, 137, III, 2005, p. 468; MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 17.

²² Para uma resenha acerca das principais teses doutrinárias sobre o conceito de obrigação, veja-se CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., pp. 31 e ss.

²³ Interesse que deve ser digno de protecção legal – cfr. n° 2 do art. 398° do CC.

²⁴ V. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 55.

Ora, como temos vindo a afirmar, a finalidade do Direito da Insolvência é a satisfação deste interesse do credor, ou melhor, dos credores, uma vez que o processo da insolvência é concursal. No entanto, só se recorre a este Direito quando o devedor não realizou pontualmente as suas prestações, de forma a satisfazer na sua plenitude o direito dos credores²⁵. Aliás, a noção de insolvência comprova isso mesmo (nº 1 do art. 3º)²⁶.

O interesse do credor decorrerá então da ocorrência de uma “situação de carência”²⁷, tornando-se mister a existência de bens aptos a satisfazerem essa necessidade, o que normalmente se afere através de uma relação de apetência ou desejo por parte do credor para satisfazer a dita necessidade. Já tivemos oportunidade de referir²⁸ que no caso do Direito Insolvencial, o legislador considerou que este interesse dos credores é passível de ser satisfeito recorrendo a um de dois “remédios”²⁹: ou à liquidação de todo o património do devedor ou a um plano de insolvência. No entanto, estes “remédios” nem sempre são suficientes para reparar os danos que decorrem da situação de insolvência do devedor, desde logo porque os credores vêm, de forma frequente, frustrada a possibilidade de cobrar os seus créditos.

Constituindo então o Direito da Insolvência um Direito de responsabilidade patrimonial, cumpre-nos, em diante, indagar sobre as soluções que o legislador pôs ao dispor dos credores societários, de forma a permitir-lhes uma total satisfação dos seus direitos.

CAPÍTULO III – O Administrador para efeitos do Código

1. Breve análise

De acordo com o nº 1 e nº 2 do art. 3º, a insolvência de uma sociedade – *rectius* sociedade por quotas ou anónima – verifica-se, *ou* quando esta se encontra

²⁵ Cfr. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 70, n. 3.

²⁶ *Supra* p. 10.

²⁷ V. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., 8ª reimp., Almedina, 2011, p. 158.

²⁸ *Supra* p. 11.

²⁹ Expressão utilizada por CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 58, n. 12.

impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas³⁰, ou “quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis”³¹.

Ocorrida nestes termos a insolvência de uma destas sociedades, levanta-se o problema de saber que efeitos são susceptíveis de se projectarem na esfera jurídica dos membros do órgão de administração.

O seu património pessoal é passível de ser “agredido” com vista a satisfazer os interesses dos credores da sociedade, interesse primordial e finalidade do Direito da Insolvência? É ou não pacífico que a gestão levada a cabo pelo órgão de administração pode contribuir para a existência ou para o agravamento da situação da insolvência da sociedade?

2. O conceito de Administrador à luz do Direito da Insolvência

Antes de mais, importa determinar e esclarecer o conceito de administrador no âmbito do Direito da Insolvência.

Analisando o direito pretérito, o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência³² não continha nenhuma norma que determinasse quem eram os “administradores, directores ou gerentes”, cabendo à doutrina e à jurisprudência preencher esta omissão conceitual. Afigurava-se pacífico que a expressão era utilizada com o intuito de abranger o “titular ou membro do órgão (unipessoal ou pluripessoal)

³⁰ Procedendo a uma clarificação de conceitos, no sentido de que a impossibilidade de cumprimento não tem de abranger *todas* as obrigações vencidas do insolvente, CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 72, n. 6. Neste sentido veja-se os Acs. do TRC de 20-11-2007 (TELES PEREIRA) e do TRP de 26-10-2006 (AMARAL FERREIRA) in www.dgsi.pt. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 21, dá-nos conta que está aqui em causa o “conceito de solvabilidade”, assumindo pedra de toque a disponibilidade de recurso ao crédito e a liquidez dos bens do activo do devedor. No mesmo sentido MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 84, fala-nos na adopção legal do “critério do *fluxo de caixa*”.

³¹ Para maiores desenvolvimentos sobre o pressuposto objectivo da insolvência, LEBRE DE FREITAS, *Pressupostos Objectivos e Subjectivos da Insolvência*, in “Themis – RFDUL, Ed. Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, pp. 11-23 e NUNO PINHEIRO TORRES, *O Pressuposto Objectivo do Processo da Insolvência*, in “Direito e Justiça”, vol. XIX, t. II, 2005, pp. 165-177. De notar que o legislador condicionou o âmbito subjectivo do pressuposto objectivo constante no nº 2 do art. 3º, nas palavras de ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 22, a determinados “entes especiais”, ou seja, às pessoas colectivas ou patrimónios autónomos “por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta”, onde se englobam as sociedades por quotas e anónimas, que se reconduzem às “principais entidades a que o disposto no nº 2 do art. 3º se aplica” cfr. CATARINA SERRA, *O Novo Regime...*, cit., p. 27. No sentido de que este critério confere mais segurança na determinação do estado de insolvência das pessoas colectivas, MENEZES LEITÃO, *Código...*, cit., p. 54, n. 5.

³² Aprovado pelo DL nº 132/93 de 23 de Abril. De ora em diante, CPREFER.

responsável pela administração e gestão do ente colectivo, independentemente da concreta designação que tal órgão possa receber nos diferentes tipos legais de entes colectivos”³³. Menos pacífico era saber se a letra e o espírito da lei permitiam que esta noção englobasse os chamados “administradores de facto”. Esta questão obteve resposta afirmativa com a revisão do CPEREF introduzida pelo DL n° 315/98, de 20 de Outubro³⁴.

No direito vigente, à luz do CIRE, desde logo no ponto 20 do Diploma Preambular, o legislador avança com uma noção de administradores como sendo as “pessoas que disponham ou tenham disposto, nalguma medida, e tanto por força da lei como de negócio jurídico, de poderes incidentes sobre o património do devedor”, noção esta que veio a concretizar no art. 6º. Este artigo dispõe que, não sendo o devedor uma pessoa singular, são considerados administradores “aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente”.

A introdução deste conceito surge assim de forma inovadora. No entanto, cabenos desde já fazer uma observação. A noção de administrador contida no referido artigo assume um carácter eminentemente prático, “meramente operatório”³⁵, que releva para efeitos do CIRE, funcionando como uma norma de carácter geral, para a qual necessariamente teremos de remeter sempre que o CIRE se refira à figura do administrador³⁶.

Apesar do impulso inovador do legislador ao definir quem são os administradores para efeitos do CIRE, o mesmo esgota-se nesta definição. A lei continua a falar em “administrador de facto”³⁷, sem no entanto apresentar uma definição expressa e precisa do conceito.

Somos da opinião de que a noção de “administrador de facto” se inclui na letra e no espírito da lei da al. a) do n° 1 do art. 6º. Desde logo, recorrendo a um argumento literal, tendo em conta que o artigo apresenta como epígrafe “Noções de administradores e de representantes legais”, a definição parece englobar tanto os

³³ V. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, PUC, 2000, p. 73.

³⁴ Através da remissão ampla do n° 2 do art. 148º para o art. 126º-A. V. *idem, ibidem*, p. 73, n. 123.

³⁵ Cfr. ponto 20 do DPreamb. Esta afirmação é reiterada no Ac. TRL de 07-12-2010 (GOUVEIA DE BARROS) in www.dgsi.pt, “o conceito de administrador usado no CIRE não tem subjacente nenhuma preocupação dogmática”.

³⁶ No mesmo sentido, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, *cit.*, p. 85, n. 2 e 3.

³⁷ Cfr. al. a) do n° 2 do art. 82º e art. 186º.

administradores de direito como os de facto, abarcando a plenitude da vida societária. No entanto, enquanto o legislador avança com a noção de administrador de direito, “designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente”, que é sem dúvida a que menos indagações levantaria se o mesmo se tivesse absterido de a referir³⁸, quanto ao administrador de facto nada diz. Porém, o advérbio de modo “designadamente” é revelador da possibilidade de se abranger na referida noção o conceito de “administrador de facto”³⁹.

Perante este vazio legal, a doutrina e a jurisprudência têm levado a cabo a tarefa de precisar o preceito legal de “administrador de facto”. São apontados como exemplos de uma administração de facto aquelas situações em que uma pessoa, apesar de não estar constituída com o respectivo título, actua notoriamente como se fosse administrador de *jure* (será o caso em que a designação é nula, caducou, foi extinta ou nunca existiu) – administradores de facto aparentes – e, ainda, as situações em que uma pessoa ocupa um cargo diverso do de administrador, embora desempenhe funções de gestão com a autonomia própria dos administradores de direito – administradores de facto ocultos sob outro título que não o de administrador⁴⁰.

Ainda dentro deste conceito de “administrador de facto” é frequente distinguir-se a figura de “administradores na sombra” que corresponde aos casos em que uma pessoa não exercendo de forma *directa* as funções de gestão (como acontece nos dois exemplos supracitados), devido ao facto de não desempenhar nenhum cargo de administração ou função profissional, fá-lo *indirectamente*, dirigindo os administradores de direito que as desempenham⁴¹.

O que estas situações têm em comum é o facto de em todas elas estas pessoas exercerem materialmente a administração, o que as aproxima na prática dos administradores de direito, não se distinguindo uns e outros para efeitos de

³⁸ Afirma-se no Ac. TRP de 16-06-2005 (FERNANDO BAPTISTA) que “[o] órgão de administração são os gerentes das sociedades em nome colectivo e por quotas, bem assim os administradores das sociedades anónimas, conforme estas tenham adoptado o modelo de organização clássico ou germânico. Assim, quando se fala genericamente em administradores, queremos referir-nos a todos estes tipos de órgãos de administração.” in www.dgsi.pt.

³⁹ Cfr. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 86, n. 6.

⁴⁰ V. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho)*, in “IDET” – Miscelâneas, nº 3, Almedina, 2004, pp. 40-41.

⁴¹ Para um maior aprofundamento destes conceitos cfr. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, pp. 40 e ss; RICARDO COSTA, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in “IDET” – Colóquios, Temas Societários, nº 2, 2006, pp. 29 e ss.

“responsabilização” no CIRE⁴², conduzindo assim a uma maior credibilização do sistema jurídico⁴³.

Como forma de abarcar esta multiplicidade de situações, COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS propuseram uma definição de “administrador de facto”: “é administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade”⁴⁴.

CAPÍTULO IV – A Tutela dos Credores à luz do CPEREF

Uma vez descortinado neste âmbito o conceito de administrador, julgamos estar em posição para abordar o tema da responsabilização de que podiam ser alvo os “agentes, administradores, ou directores” da sociedade ou pessoa colectiva, ou as “pessoas que simplesmente a tenham gerido, administrado ou dirigido de facto”⁴⁵, no âmbito do CPEREF.

Na versão original do CPEREF tínhamos uma norma que, não prescrevendo uma responsabilização destes sujeitos, versava apenas sobre as consequências da declaração de falência da sociedade sobre os titulares do órgão de administração. Assim, segundo o n.º 1 do seu art. 148º, simultaneamente à declaração de falência da sociedade, ou seja, como “consequência imediata e automática”⁴⁶, decretava-se a inibição dos seus administradores não só para o exercício do comércio como também para a “ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa”.

De facto, esta temática só foi alvo de uma significativa preocupação legislativa em 1998, aquando da revisão levada a cabo pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro.

⁴² Não obstante, no que concerne à vinculação da sociedade, as hipóteses referidas de “administração de facto” distinguem-se. Cfr. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, p. 42, n. 69.

⁴³ Sobre esta questão veja-se ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª ed., Almedina, 2002, pp. 79 e 593 e *Liability of Corporate Groups*, Kluwer, Deventer/Boston, 1994, pp. 211 e 254.

⁴⁴ COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵ Limitamo-nos a transcrever a designação atribuída pelo próprio art. 126º-A, introduzido pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro.

⁴⁶ Cfr. ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, *cit.*, p. 7. Segundo ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos...*, *cit.*, p. 75, “o artigo 148º n.º 1, consagrava uma estatuição legal (inibição de exercício do comércio) cuja hipótese normativa não integrava qualquer averiguação em concreto da culpa do falido para a situação de insolvência”.

Através deste diploma⁴⁷ foram introduzidas as normas dos arts. 126º-A, 126º-B e 126º-C, com vista a instituir, no plano da responsabilidade civil, “mecanismos de responsabilização solidária dos dirigentes das empresas que, *por sua culposa actuação*, tenham contribuído *significativamente* para a situação de insolvência daquelas, caso em que, com a falência da empresa, se declarará a falência dos responsáveis”⁴⁸. Ampliou-se assim, o âmbito subjectivo da falência⁴⁹.

Faremos uma análise breve destes preceitos.

Primeiro, o art. 126º-A prescrevia, por um lado, os fundamentos da responsabilidade dos dirigentes das empresas e, por outro, qualificava esta responsabilidade de solidária e ilimitada e conferia ainda legitimidade activa a determinados sujeitos para a requererem.

Quanto aos fundamentos da responsabilidade dos dirigentes das empresas, estes apareciam enunciados de uma forma geral no nº 1 deste normativo legal como “quaisquer actos que tiverem contribuído de modo significativo para a situação de insolvência”. Não obstante, no nº 2 recorria-se a um elenco exemplificativo para ilustrar alguns destes comportamentos, através de presunções ilidíveis ou *iuris tantum*⁵⁰. De qualquer forma, estes comportamentos encontravam-se balizados temporalmente, ou seja, na dependência de terem sido praticados no período de dois anos anteriores à sentença declarativa da falência.

A natureza solidária e ilimitada desta responsabilidade foi posta em causa tendo em conta que a terminologia conferida pelo próprio legislador se demonstrava desadequada⁵¹. Assim, teria sido mais correcto substituir a menção à solidariedade por *subsidiariedade*, uma vez que a responsabilidade só era accionada quando o activo da falida era insuficiente. Como ainda teria sido mais correcto substituir também a qualificação da responsabilidade de ilimitada por *limitada*. De facto, como iremos ver,

⁴⁷ Mais concretamente através do seu art. 3º.

⁴⁸ Itálico nosso. Cfr. Preâmb. do DL nº 315/98, de 20 Outubro. Nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, in “Sep. da ROA”, Ano 66, II, Setembro, 2006, p. 669, o CPEREF passou a conter “normas expressas de responsabilização dos administradores”.

⁴⁹ Cfr. CATARINA SERRA, *Falências Derivadas e Âmbito Subjectivo da Falência*, BFDUC, Studia Iuridica 37, Coimbra Ed., 1999, p. 281.

⁵⁰ V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3ª ed., Quid Iuris, 2000, p. 348; CATARINA SERRA, *Alguns Aspectos da Revisão do Regime da Falência pelo DL nº 315/98, de 20 de Outubro*, in “Sep. da Scientia Iuridica”, t. XLVIII, nºs 277/279, Janeiro/Junho, 1999, p. 196.

⁵¹ Cfr. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos...*, cit., p. 349 e ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos...*, cit., pp. 146-147. Perfilhando da opinião da pertinência das objecções apontadas por estes Autores, ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 7, n. 5 e CATARINA SERRA, *Alguns Aspectos...*, cit., p. 195, n. 33.

os dirigentes só eram responsáveis pelo passivo conhecido a descoberto⁵² ou, se fosse considerado inferior, pelo dano por eles causado.

Este instituto não era aberto oficiosamente. A lei conferia legitimidade ao Ministério Público ou a qualquer credor para requerer ao tribunal a declaração da responsabilidade dos dirigentes das empresas.

Segundo, o art. 126º-B⁵³ regia que, tanto para a hipótese de se estar perante um caso de responsabilidade civil dos fundadores, gerentes, administradores ou directores, nos termos do CSC, como para a hipótese de se estar perante um caso de responsabilidade *solidária* decorrente do art. 126º-A⁵⁴, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer credor, o tribunal podia, a todo o tempo, fixar um prazo para os responsáveis satisfazerem o “menor de dois valores: passivo a descoberto e dano por eles causado”⁵⁵.

Por fim, se este prazo fosse desrespeitado, não tendo o sujeito responsável efectuado voluntariamente o devido depósito, poder-se-ia despoletar, mais uma vez a requerimento de qualquer credor ou do Ministério Público, “a falência dos responsáveis conjuntamente com a da empresa” – art. 126º-C. Verificada esta situação, estávamos perante o que a própria epígrafe do referido artigo chamava de “Falência conjunta”, efectuando-se assim o pagamento das importâncias em dívida através da liquidação no processo de falência.

Não podemos deixar de referir que ao abrigo desta revisão legislativa, o efeito automático da inibição a que estavam sujeitos os administradores societários aquando

⁵² Quanto ao significado de *passivo a descoberto* parece reconduzir-se “aquele valor que não possa ser pago à custa dos bens sociais.” V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos...*, cit., p. 351.

⁵³ CATARINA SERRA, *Alguns Aspectos...*, cit., p. 196, conferia a este artigo “uma natureza quase instrumental relativamente à disposição anterior”.

⁵⁴ No sentido de que estas duas situações contempladas na lei apesar de terem sido alvo de um regime comum, na prática processual, especialmente quanto à sua apensação, eram distintas, CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos...*, cit., p. 351; ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 7.

⁵⁵ V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos...*, cit., p. 351. Não podemos ser alheios às considerações tecidas neste contexto por MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade de Gerentes e Administradores pela Actuação na Proximidade da Insolvência de Sociedade Comercial*, in “O Direito”, I, ano 142º, 2010, p. 90, n. 28. A Autora considera que a conjugação dos arts. 126º-A e 126º-B era ambígua. Assim, parece defender que a condenação “no montante do dano por eles causado, se for inferior” – nº 1 do art. 126º-B – se limitava apenas aos casos de responsabilidade civil dos fundadores, gerentes ou administradores, nos termos do CSC, tendo em conta que nestas situações a responsabilidade se reconduzia ao dano causado pelo concreto acto ilícito. Uma vez estando perante um caso de responsabilidade *solidária* dos gerentes esta solução demonstrava-se desadequada. Nesta situação o dano consubstanciava-se, inevitavelmente, na própria falência. Neste caso os dirigentes da sociedade falida eram “numa palavra, responsáveis perante todos os credores sociais, por tudo quanto o património social não conseguisse cumprir cabalmente”.

do decretamento da falência da sociedade, nos termos acima referidos⁵⁶, passou a *eventual*, uma vez que estava dependente da verificação do disposto nos arts. 126.º-A e 126.º-B⁵⁷.

CAPÍTULO V – A Tutela dos Credores à luz do CIRE

1. Noções preliminares

Analisando as normas do CIRE, somos confrontados com um vazio legal, em relação ao regime do direito pretérito, no que concerne à responsabilidade dos administradores. Assim, contrariamente ao que se previa no CPEREF, não existe no CIRE nenhuma norma que preveja, no plano substantivo, a sua responsabilidade. No entanto, tal opção (ou omissão) legislativa parece demonstrar-se pretensiosa se atendermos ao facto de no n.º 40 do Diploma Preambular se proclamar a “obtenção de uma *maior e mais eficaz responsabilização* dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas”⁵⁸ como um dos pilares da reforma introduzida por este Corpo de Leis. Parece-nos que a forma que o CIRE encontrou para procurar alcançar este desígnio residiu na introdução de um novo incidente, o chamado “incidente de qualificação da insolvência”⁵⁹. Desta forma, afastou resolutamente os mecanismos previstos no CPEREF, *maxime* a responsabilidade solidária dos administradores, assim como a possibilidade de decretamento da sua falência conjuntamente com o devedor, já que sentenciou este regime de tecnicamente incorrecto e inidóneo para o fim a que se destinava⁶⁰.

⁵⁶ De facto, a versão original do art. 148º do CPEREF foi alvo de duras críticas pela doutrina, nomeadamente, como nos refere CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos...*, cit., p. 395, era possível que um administrador, em funções na data de declaração de falência e ainda que não lhe pudesse ser imputável qualquer responsabilidade na mesma, fosse abrangido por esta proibição.

⁵⁷ O que, consequentemente, conferiu uma nova redacção ao art. 148º do CPEREF.

⁵⁸ Itálico nosso.

⁵⁹ Nas palavras de RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 933 e 947, com a adopção deste incidente o legislador assumiu de “forma pedagógica” o objectivo proclamado.

⁶⁰ Cfr. DPreamb. n.º 40. CATARINA SERRA, *O Novo Regime...*, cit., p. 67, n. 105, supõe que o desaparecimento do regime das “falências conjuntas”, aliado ao desaparecimento das “falências derivadas”, talvez tenha ficado a dever-se à “vontade de repor a regra da circunscrição da declaração de falência/insolvência aos insolventes e de eliminar as excepções. Tal vontade, a confirmar-se, corresponde a uma inversão da tendência anterior, de aumento dos casos de «falidos não insolventes»”.

Como desde já se verifica, o optimismo depositado pelo legislador na introdução deste instituto foi elevado. No entanto, resta saber se ele se revela *tecnicamente correcto* e *idóneo* a satisfazer os objectivos propostos...

2. O incidente de qualificação da insolvência

2.1. Traços gerais

O incidente de qualificação da insolvência vem previsto no CIRE nos arts. 185º e ss⁶¹. Imprimindo um maior rigor à linguagem, podemos afirmar que não se trata “do incidente”, senão “dos incidentes” de qualificação da insolvência, tendo em conta que é susceptível de revestir duas modalidades: pleno ou limitado⁶². Apesar de o CIRE ser omissivo quanto à definição destas modalidades, os arts. 188º e 191º permitem vislumbrar o seu campo de aplicação. Se considerarmos que o incidente limitado apenas é chamado à colação em dois casos contados, os previstos no nº 1 do art. 39º e no nº 5 do art. 232º⁶³, por exclusão de partes, aplica-se nos demais o incidente pleno. Assim, assumindo o incidente pleno de qualificação da insolvência um carácter, a nosso ver, residual, é por referência a ele que prosseguiremos a nossa exposição.

O incidente de qualificação da insolvência destina-se a apurar se a insolvência é culposa ou não. Considera-se culposa “quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência” – nº 1 do art. 186º⁶⁴. Cumpre-nos desde já ressaltar que só relevam para efeitos deste incidente os comportamentos dolosos ou com culpa grave, sendo os demais

⁶¹ De notar que este incidente é declarado aberto pelo juiz na sentença de declaração de insolvência – cfr. al. i) do art. 36º.

⁶² Partilhamos assim das “preocupações linguísticas” de CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor*, in “Themis – RFDUNL, Ed. Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, p. 87.

⁶³ *Ex vi* art. 191º.

⁶⁴ Como nos diz o Ac. do TRP de 12-10-2010 (MARIA CECÍLIA AGANTE) in www.dgsi.pt, no incidente em apreço o que é alvo de qualificação “é o comportamento do devedor na produção ou agravamento do estado de insolvência, de modo a que se averigüe se existe, à luz da teoria da causalidade adequada, um nexo de causalidade entre os factos por si cometidos ou omitidos e a situação de insolvência ou o seu agravamento, e o nexo de imputação dessa situação à conduta do devedor, estabelecido a título de dolo ou culpa grave”.

isentos de qualquer consequência no âmbito do CIRE⁶⁵ – nestes casos, qualifica-se a insolvência de fortuita ou, tão-somente, de insolvência “*tout court*”⁶⁶.

Para as hipóteses em que o sujeito passivo da declaração da insolvência é uma sociedade comercial e por forma a auxiliar o intérprete na concretização daquela norma geral constante do n.º 1, prevêm-se determinadas presunções de culpa que recaem sobre os seus administradores de direito ou de facto⁶⁷. Imprime-se assim maior “eficiência”⁶⁸, “previsibilidade e rapidez”⁶⁹ na valoração judicial das condutas reprováveis. Estas presunções diferenciam-se no tipo, uma vez que as previstas no n.º 2 do aludido preceito reconduzem-se a presunções *iuris et de iure* enquanto as previstas no seu n.º 3 reconduzem-se a presunções *iuris tantum*⁷⁰.

⁶⁵ Como acontece com a culpa leve ou levíssima. Perante o silêncio da lei, as noções de dolo e de culpa grave devem ser entendidas nos termos gerais do direito. V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 610, n. 4. Segundo os ensinamentos de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Almedina, 2009, p. 582, no dolo, que pode assumir a forma de directo, necessário ou eventual, “o agente tem a representação do resultado danoso, sendo o acto praticado com a intenção malévola de produzi-lo, ou apenas aceitando-se reflexamente esse efeito”, ao passo que a culpa grave, traduzindo-se na negligência grosseira, “pode ser definida como aquela com que age o agente que omite os deveres de cuidado que só uma pessoa especialmente descuidada, incauta e desleixada deixaria de respeitar”, cfr. RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 969. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 689, n. 38, chega mesmo a questionar-se sobre se a palavra “culpa” constante do artigo em análise “não abrangerá também a ilicitude como comportamento objectivamente contrário ao direito”.

⁶⁶ A expressão é de CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, cit., p. 103. No Ac. do TRP de 22-05-2007 (MÁRIO CRUZ) in www.dgsi.pt, considera-se que o incidente de qualificação foi alvo de uma “divisão maniqueísta” quanto à sua forma (culposa ou fortuita).

⁶⁷ De notar, quanto ao insolvente pessoa singular, o disposto no n.º 4 e n.º 5 do art. 186º.

⁶⁸ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 701.

⁶⁹ V. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 124.

⁷⁰ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19ª reimp., Almedina, 2011, p. 112. O Autor afirma que as presunções *iuris et de iure* são “absolutas e irrefutáveis, não admitindo prova em contrário” ao passo que as *iuris tantum* “podem ser ilididas mediante prova em contrário”. Seguimos de perto as considerações tecidas por RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 974, quando afirma “[a]li, a consequência, absoluta, determina o *sentido da decisão*; aqui a consequência, relativa, determina o *preenchimento de um dos pressupostos da qualificação*”. Advogando da mesma opinião CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, cit., p. 94; ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 123; MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pp. 284-285; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, cit., p. 88. Esta posição tem sido reiterada pelos nossos tribunais superiores como se constata através da leitura dos Acs. do TRP de 03-03-2009 (PINTO DOS SANTOS), de 27-11-2007 (RODRIGUES PIRES) e de 18-06-2007 (PINTO DE ALMEIDA) e dos Acs. do TRC de 24-03-2009 (GONÇALVES FERREIRA) e de 17-02-2009 (TÁVORA VÍTOR) in www.dgsi.pt. De ressaltar que mesmo no caso de estarmos perante um dos comportamentos elencados no n.º 2 do art. 186º, é sempre necessário que tenham sido praticados nos 3 anos anteriores ao início do processo, cfr. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 611, n. 6. No sentido da oficiosidade do conhecimento deste prazo, v. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 690-691.

Não devemos ser alheios às considerações tecidas, à margem da doutrina enunciada, por CATARINA SERRA, *O Novo Regime...*, cit., pp. 122-123 e “*Decotor Ergo Fraudator*”? – *A Insolvência Culposa (Esclarecimentos sobre um Conceito a Propósito de umas Presunções)* – Ac. do TRP de 7.1.2008, *Proc. 4886/07*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, pp. 65-66. Por um lado, a Autora considera que as presunções previstas no n.º 3 do art. 186º pressupõe não só o comportamento censurável, como também o nexo de causalidade exigido pelo n.º 1, reconduzindo-se assim a “autênticas presunções (relativas) de insolvência culposa” e não a “meras presunções (relativas) de culpa grave”. Parece ser este o entendimento sufragado por alguma jurisprudência não expressiva de

A sentença que decreta a qualificação da insolvência como culposa, após identificar as pessoas afectadas pela mesma⁷¹, vai determinar a inabilitação dos culpados por um período balizado entre 2 a 10 anos⁷², a inibição pelo mesmo período para o exercício do comércio ou para ser titular de órgão de pessoa colectiva⁷³, assim como a perda dos respectivos créditos sobre a insolvência e a condenação à restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos – als. b), c) e d) do n.º 2 do art. 189º⁷⁴.

que é ex. o Ac. TRP de 5-02-2009 (LUÍS ESPÍRITO SANTO) *in* www.dgsi.pt. Lê-se neste aresto que caso se perfilhe de opinião diversa da adoptada pela Autora, retira-se “força, lógica e utilidade ao incidente em apreço, tornando mesmo praticamente dispensável, pela sua diminuta relevância, a presunção legal estabelecida”. Por outro lado, a Autora coloca algumas reservas na classificação das situações previstas nas als. h) e i) do n.º 2 do art. 186º como presunções *iuris et de iure*, não obstante aceite que as demais previstas neste número conduzam a este tipo de presunções.

Para um estudo mais aprofundado sobre a natureza e alcance destas presunções veja-se CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 692 e ss.; CATARINA SERRA, “*Decotor...*”, *cit.*, pp. 54-71; RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 973 e ss.; ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, *cit.*, pp. 124 e ss.

⁷¹ Cfr. al. a) do n.º 2 do art. 189º do CIRE. Apesar de se encontrar previsto no n.º 2 do art. 189º referente ao conteúdo da sentença, apenas dispõe sobre o “âmbito subjectivo dos efeitos”, v. CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, *cit.*, p. 95, n. 25. Entre as pessoas afectadas pela qualificação podem constar o insolvente e/ou todos ou alguns dos seus administradores de direito ou de facto. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, *cit.*, p. 624, n. 6.

⁷² Este efeito desde cedo foi alvo de controvérsia, nomeadamente devido ao facto de o legislador se ter assumidamente aproximado da LC na sua previsão, mas tendo-se afastado dela aquando da sua regulação. Assim, diferentemente do que prevê o CIRE, a LC prevê no seu art. 172.2.2º a inabilitação das pessoas afectadas pela qualificação para administrar *bens alheios*. Esta discrepância de regimes levou a que vozes da doutrina acusassem o regime previsto no CIRE de “excessivo” (CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, *cit.*, p. 104), “severo” (CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, *cit.*, p. 376) e absurdo, fruto de uma importação fracassada (RUI PINTO DUARTE, *Efeitos da Declaração de Insolvência quanto à Pessoa do Devedor*, *in*: “Themis – RFDUNL, Ed. Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, pp. 145-146). Entretanto, o Ac. n.º 173/2009, de 2 de Abril de 2009, *in* www.tribunalconstitucional.pt, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da al. b) do n.º 2 do art. 189º, por violação do n.º 2 do art. 18º e do art. 26º da CRP, mas apenas na medida em que a norma “impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial qualificada insolvente”. Não obstante o Ac. do TRP de 15-07-2009 (MARIA CATARINA) *in* www.dgsi.pt, considerou que “o art. 189º, n.º 2, al. b) do CIRE é inconstitucional, não só nas situações directamente abrangidas pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (em que o visado é o administrador de sociedade comercial declarada insolvente), *mas também nas situações em que o sujeito visado é a pessoa singular que foi declarada insolvente.*” Para mais desenvolvimentos sobre este efeito veja-se CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, *cit.*, pp. 97 e ss.; RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 931-987; ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, *cit.*, pp. 128 e ss.

⁷³ Sobre a natureza jurídica deste efeito, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, *cit.*, pp. 122 e ss.; ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos...*, *cit.*, pp. 83 e ss.

⁷⁴ De ressaltar que o CIRE enuncia outros efeitos decorrentes da qualificação da insolvência como culposa ao longo do Código, nomeadamente, quanto à cessação da administração pelo devedor (al. c) do n.º 1 do art. 228º) e em sede de exoneração do passivo restante (als. b) e f) do n.º 1 do art. 238º, al. c) do n.º 1 do art. 243º e n.º 1 do art. 246º). CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, *cit.*, p. 96 e n. 26, considera que a exclusão destes efeitos do n.º 2 do art. 189º “reside, por certo, em decorrerem, *ipso iure*, de factos que relevam na qualificação da insolvência como culposa, enquanto os contidos nas alíneas do n.º 2 do art. 189º dependem da decisão judicial específica relativa a essa qualificação”.

2.2. Do Anteprojecto ao CIRE

Tal como foi assumido no Diploma Preambular (nº 40), o incidente de qualificação da insolvência foi inspirado pelos ventos que sopraram da *Ley Concursal* espanhola de 9 de Julho de 2003. No entanto, arriscamo-nos desde já a afirmar que consideramos ter havido um subaproveitamento destes “ventos”, construtivos a nosso ver, pelo legislador insolvencial⁷⁵.

No Anteprojecto do CIRE, nas als. e) e f) do art. 171º (correspondente ao art. 189º do CIRE) contemplava-se, no seio dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa, respectivamente, “[a] condenação das pessoas afectadas a indemnizarem os credores dos danos e prejuízos causados, determinando-se na própria sentença o montante da indemnização ou os critérios aplicáveis à sua quantificação” e que “[q]uando for solidária a responsabilidade em virtude da imputabilidade do acto danoso a mais do que uma pessoa, a repartição da obrigação de indemnizar nas relações entre os diferentes responsáveis”⁷⁶. Era tal a preocupação do legislador em revestir estes efeitos de tutela efectiva, que no nº 3 do art. 76º do Anteprojecto (correspondente ao art. 82º do CIRE), veio dispor no sentido de conceder ao juiz da insolvência poderes para, oficiosamente ou a requerimento fundamentado do administrador da insolvência, ordenar o arresto⁷⁷ de bens e direitos dos administradores de direito ou de facto do devedor nos dois anos anteriores à data da declaração da insolvência, verificados dois requisitos: quando pareça fundada, por um lado, a possibilidade de que a insolvência

⁷⁵ De facto, a LC vai mais longe, regendo o *artículo* 172. que a sentença que qualifique a insolvência como culposa tem como efeitos: a inabilitação das pessoas afectadas pela qualificação para administrar bens alheios, assim como para representar ou administrar qualquer pessoa, durante um período temporal de dois a quinze anos; a perda de créditos que as pessoas afectadas pela qualificação ou declaradas suas cúmplices detenham sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente ou a obrigação de restituição à massa insolvente dos bens ou direitos obtidos indevidamente às custas do património do devedor ou da massa insolvente; o dever de indemnização dos prejuízos causados; e por último, na hipótese de se ter decretado a abertura da fase de liquidação, pode a sentença determinar que os administradores, de direito ou de facto, da pessoa colectiva cuja insolvência seja qualificada como culposa, assim como aqueles que tenham tido tal condição dentro dos dois anos anteriores à data da declaração de insolvência, sejam condenados a pagar aos credores concursais, total ou parcialmente, o montante dos seus créditos que a massa não consiga satisfazer.

⁷⁶ Vale a pena transcrever uma passagem do Preâmbulo do Anteprojecto de Código que Acompanhou a Proposta de Lei de Autorização que reitera esta ideia: “Em suma, e com este enquadramento, a reforma centra-se (...), por fim, numa responsabilização especial do devedor ou dos seus administradores. Esta responsabilização”, para além de outros efeitos, “*prevê expressamente a obrigação de indemnizar os credores pelos prejuízos causados pela actividade ilícita*” (itálico nosso) v. AAVV, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, MJ, Coimbra Ed., 2004, p. 105.

⁷⁷ Meio conservatório da garantia patrimonial para o qual é necessário a concorrência de duas circunstâncias: a aparência da existência de um direito de crédito e o perigo da insatisfação desse direito. Cfr. art. 619º do CC e art. 406º e ss. do CPC.

venha a ser qualificada como culposa e, por outro lado, a insuficiência da massa insolvente para o pagamento de todos os créditos da insolvência⁷⁸.

No entanto, não foi essa a opção definitivamente adoptada pelo CIRE. De facto, o legislador veio suprimir estas duas alíneas de forma a afastar a apreciação da (eventual) responsabilidade dos administradores no CIRE⁷⁹. É o próprio legislador que o assume no n.º 40 do Decreto Preambular ao afirmar que “o incidente destina-se a apurar (sem efeitos quanto ao processo penal ou à apreciação da responsabilidade civil) se a insolvência é fortuita ou culposa”, ideia que é transposta para o art. 185º “[a] insolvência é qualificada como culposa ou fortuita, mas a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das acções a que se reporta o n.º 2 do artigo 82º”⁸⁰.

⁷⁸ Preceito inspirado no art. 48.3 da *LC*, apesar de este prever a penhora e não o arresto de bens e direitos dos administradores de direito ou de facto das sociedades. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, cit., p. 113, dá-nos conta que na ordem jurídica espanhola este preceito tem sido alvo de críticas nomeadamente por possibilitar “a penhora de bens e direitos de administradores, de direito ou de facto – quer se trate daqueles que possam ser declarados culpados pela insolvência, quer dos outros – com base na mera possibilidade fundada de que a insolvência seja declarada culposa e de que a massa não seja suficiente”.

⁷⁹ Deixando para trás, nas palavras de ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in “Direito e Justiça”, vol. XIX, t. II, 2005, p. 202, um efeito que se reconduz ao “verdadeiro pilar responsabilizador de um sistema falimentar”.

⁸⁰ RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 941, afirma que a autonomia das causas penais e das acções referidas no n.º 2 do art. 82º “concretiza-se na circunstância de a decisão factual proferida no incidente não vincular o juiz dessas causas e na inexistência de uma relação de prejudicialidade entre a qualificação jurídica decidida no incidente e essas mesmas causas”. No que concerne às acções previstas no n.º 2 do art. 82º, o Autor pressupõe que a razão que levou o legislador a não vincular o juiz destas acções aos factos dados como provados ou não provados no incidente de qualificação ficou a dever-se à “diferença existente entre os pressupostos fundamentadores da responsabilidade civil, instituto convocado nas acções mencionadas no artigo 82.º, e os pressupostos da qualificação da situação de insolvência, que condiciona a abordagem que o tribunal fará à matéria de facto considerada pertinente”. O Autor apela ainda ao facto de estarmos perante um “conceito de culpa específico” que se afasta dos normais quadros de responsabilidade civil (quer a aquiliana, quer a contratual ou a dos administradores das sociedades comerciais perante a sociedade, os sócios e os credores). De forma crítica CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 672, pronuncia-se sobre esta autonomia que adjectiva de “exacerbada”, uma vez que as acções de responsabilidade civil não aproveitam nem o caso julgado absolutório nem condenatório de culpa da sentença de qualificação da insolvência. CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, cit., p. 87, n. 10, considera que a qualificação da insolvência, apesar de aparentemente parecer (apenas) relevante para os efeitos do CIRE, não o é na sua plenitude, pois “não interfere com o regime das acções previstas no n.º 2 do art. 82º”. A título meramente de curiosidade podemos afirmar que no texto do art. 168º do Anteprojecto (que corresponde ao art. 185º do CIRE) não era excluída a relevância da qualificação da insolvência determinada no respectivo incidente para efeitos do n.º 2 do art. 82º, na esteira, aliás, da coerência de pensamento legislativo que vinha a ser adoptado.

2.3. A perda de créditos

2.3.1. Pressupostos

Dispõe a al. c) do nº 2 do art. 189º sobre o último efeito da declaração de insolvência como culposa: “a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência⁸¹ ou sobre a massa insolvente⁸²” e a “condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos”. Antes de mais importa aqui fazer uma ressalva, uma vez que este efeito é exclusivo de uma das modalidades que o incidente de qualificação da insolvência pode revestir: o pleno. Assim, parte da doutrina tem justificado a sua exclusão do âmbito do incidente limitado de qualificação – cfr. al. c) do nº 1 do art. 191º – no facto deste se aplicar aos casos em que há insuficiência da massa (para satisfazer tanto as custas processuais como as demais dívidas da massa insolvente) o que conduz ao encerramento do processo⁸³, contribuindo para justificar o alcance *limitado* deste incidente⁸⁴.

De notar que o administrador societário pode ser titular de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente⁸⁵. Tendo a sua actuação contribuído para criar ou agravar a situação de insolvência, compreende-se que o direito que lhe assiste faleça relativamente a estas prestações⁸⁶, (re)integrando-se o seu valor na massa insolvente⁸⁷.

⁸¹ Cfr. art. 47º.

⁸² Cfr. art. 51º.

⁸³ Cfr. nº 1 do art. 39º, nº 5 do art. 232º e art. 51º. O entendimento que acabamos de expor é perfilhado por CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, cit., p. 93; CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., pp. 630-631, n. 7; CATARINA SERRA, *O Novo Regime...*, cit., p. 70. De notar a posição crítica assumida por ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 142, n. 383, ao afirmar “salvo o devido respeito, se a massa é insuficiente, o efeito até será vantajoso, pois reforça a posição dos credores”. A Autora parece reconduzir a exclusão deste efeito do incidente limitado, no caso do art. 39º, à não abertura da fase de liquidação e verificação do passivo e, no caso do art. 232º, à disciplina da al. b) do nº 2 do art. 233º.

⁸⁴ Paralelamente ao disposto nas als. a) e b) do nº 1 e no nº 2 do art. 191º.

⁸⁵ Diferentemente, o insolvente apenas pode ser titular de créditos sobre a massa (cfr. nº 1 e nº 2 do art. 51º), restringindo-se assim a amplitude deste efeito quando está em causa a sua actuação. V. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 337, n. 864.

⁸⁶ CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 384 e n. 990, invoca, neste âmbito, a figura da perda de direitos.

⁸⁷ Julgamos estar em condições de relacionar esta norma com as acções de resolução em benefício da massa insolvente (art. 120º e ss.), pois ambas permitem uma reintegração da mesma. No entanto, neste caso a reintegração é possível através da resolução de actos que provocam um prejuízo objectivo para a massa insolvente. V. GUILLERMO ALCOVER GARAU, *Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal*, in: “Derecho Concursal – Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal”, Dilex, 2003, p. 499. Uma vez julgada procedente a acção de resolução em benefício da massa insolvente, há lugar à devolução das prestações das partes, tendo em conta que a resolução tem efeitos retroactivos – nº 1 do art. 126º. No sentido de que o incidente de qualificação da insolvência como culposa pode desempenhar uma função dirigida ao incremento da massa activa, JOSÉ ANTÓNIO GARCÍA-

Este efeito patrimonial vai atingir, por um lado, as obrigações ainda não cumpridas, as quais se extinguem, excluindo-se esses créditos do pagamento, e por outro lado, as obrigações já extintas pelo cumprimento, as quais se consideram recebidas pelo administrador em virtude de uma causa que deixou de existir, logo devem ser alvo de restituição por parte deste⁸⁸. CATARINA SERRA⁸⁹ parece reconduzir esta última hipótese a um caso de enriquecimento sem causa, na modalidade de enriquecimento por prestação, e ainda dentro desta, na vertente da *condictio ob causam finitam* (restituição da prestação por posterior desaparecimento da causa – n.º 2 do art. 473.º do CC)⁹⁰. Transportando esta ideia para o efeito da “condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos”, a prestação consubstancia-se no pagamento de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa (cfr. arts. 172.º e ss). São estes pagamentos que carecem de ser restituídos à massa insolvente tendo em conta que o direito a estas prestações, posteriormente à sua realização, se extinguiu, desaparecendo assim a causa que lhe servia de fundamento. A Autora supõe que na base do pensamento jurídico para determinar esta extinção do direito à prestação residiu a figura do *tu quoque*⁹¹, um dos actos abusivos da boa fé, onde vigora a ideia de que “a pessoa que viole uma norma jurídica não pode depois, sem abuso: ou prevalecer-se da situação daí decorrente; ou exercer a posição violada pelo próprio; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada”⁹².

CRUCES, *Concursado, Cómplices y Personas Afectadas por la Calificación (en Torno del Ámbito Subjetivo del Concurso Culpable)*, in www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/Homenaje%20a%20Olivencia.pdf, p. 7, n. 20.

⁸⁸ MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 293, afirma que “em consequência dessa condenação, não parece que o administrador da insolvência tenha que recorrer à resolução em benefício da massa insolvente (arts. 120.º e ss.), competindo-lhe antes proceder à cobrança desses créditos”. No mesmo sentido ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 140.

⁸⁹ Cfr. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 384.

⁹⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 9ª ed., Almedina, 2010, p. 445, enuncia como exs. desta modalidade “a posterior extinção do direito à prestação já recebida”. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática pode consultar-se MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil (Estudo Dogmático sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, Face à Contraposição entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa)*, Almedina, 2005.

⁹¹ Figura que tem vindo a ser acolhida na jurisprudência pátria como são exs. os Acs. do STJ de 30-1-2001 (TORRES PAULO) e do TRG de 19-11-2003 (ANTÓNIO GONÇALVES) in www.dgsi.pt.

⁹² Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, t. V, Legitimidades, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas, Almedina, Coimbra, 2011, p. 327.

2.3.2. A extensão do efeito

Podemo-nos interrogar acerca da extensão deste efeito, isto é, se os créditos que se perdem são aqueles que têm a sua origem na conduta censurável ou se se estendem aos demais. Parece que o preceito da lei ao reger sobre a “perda de *quaisquer* créditos”⁹³ assim como sobre a “restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento *desses créditos*”⁹⁴ é abrangente o suficiente para englobar aquela segunda hipótese. Não se vislumbra que tenha de existir qualquer nexo de causalidade entre a conduta culposa do administrador e os créditos que este vai perder ou restituir. Aliás, o sentido teleológico deste efeito assenta numa penalização das pessoas afectadas pela qualificação⁹⁵, que é talvez “a que melhor se preste à punição do devedor (*rectius*: do sujeito culpado)”⁹⁶. Assim, sob pena de se subverter o que parece ser a *ratio* deste efeito, julgamos que ele é dotado de carácter global por abranger *todos* os créditos (anteriores, simultâneos ou posteriores à conduta censurável) quer da massa quer da insolvência⁹⁷. RUI PINTO DUARTE, embora não se pronunciando directamente quanto ao nexo de causalidade, opõe-se a este efeito. O Autor considera-o “pouco amadurecido”⁹⁸ e critica o facto de não haver proporção entre a conduta ilícita e a sanção, uma vez que a perda se produz “qualquer que seja o grau da sua culpa, qualquer que seja o valor desses créditos, qualquer que seja a sua origem, qualquer que seja a época em que se constituíram! E no

⁹³ Itálico nosso.

⁹⁴ Itálico nosso. Cfr. al. d) do nº 2 do art. 189º.

⁹⁵ V. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 293.

⁹⁶ CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 385.

⁹⁷ Na doutrina espanhola no sentido que ora perfilhamos quanto à perda de créditos, INÉS FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La Calificación del Concurso*, in: “La Reforma de la Legislación Concursal – Estudio Sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de Julio”, coord. de Alberto J. de Martín Muñoz, Madrid Editorial Dykinson, 2004, p. 271 e CARLOS IRUZUBIETA, *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de Julio*, Dijusa, 2003, p. 1034. Este último Autor afirma que as pessoas afectadas por este efeito não podem reclamar nada dentro do processo da insolvência, uma vez que a lei assim o impõe. Não obstante, uma vez encerrado o processo por acordo de credores, assiste-lhes a possibilidade de cobrar estes créditos a título singular, tanto judicial como extrajudicialmente e, na hipótese do encerramento do processo se ficar a dever à liquidação, podem satisfazer os seus créditos, no caso de haver excedente, após a satisfação dos demais credores de qualquer classe ou condição. Este Autor autonomiza o efeito da perda de créditos da condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos. Quanto a este último, considera que o que é alvo de restituição à massa insolvente é o que a pessoa afectada pela qualificação (ou o cúmplice) recebeu “irregularmente” devido à sua actuação dolosa ou com culpa grave, e não o que tenha recebido até então na qualidade de credor, não os privando dos seus direitos de crédito nem da possibilidade de os satisfazer segundo a sua classificação.

⁹⁸ Cfr. RUI PINTO DUARTE, *Efeitos...*, cit., p. 150.

caso de terem recebido bens ou direitos em pagamento de créditos serão condenados à sua restituição, com igual desconsideração dos factores em causa”⁹⁹.

Cumpramos-nos fazer uma referência à *Ley Concursal* que no seu art. 172.2.3º prevê este mesmo efeito para a hipótese de *concurso culpable*, embora com um alcance mais amplo: a nível subjectivo recorre-se à figura do cúmplice¹⁰⁰, ao lado das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa, e tanto uns como outros podem ser condenados, além de na perda de quaisquer direitos como credores da insolvência ou da massa e na restituição dos bens ou direitos que tenham indevidamente recebido do património do devedor ou da massa activa, a indemnizar os danos e prejuízos causados¹⁰¹. Apesar de o legislador português se ter assumidamente¹⁰² inspirado no direito espanhol congénere, parece que essa inspiração não foi total, pois ficou muito aquém deste.

Reduzido a um efeito com manifestações “discretas”¹⁰³, o efeito da “perda de créditos” é o único vocacionado a tutelar o património dos credores, tutela esta que se

⁹⁹ *Id. ibid.*, p. 147. CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, cit., p. 102, n. 34, dá-nos conta que a natureza dos actos que qualificam a insolvência como culposa e o grau de culpa do insolvente relevam para se determinar em concreto a duração da inabilitação e da inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de certos cargos, balizadas entre dois e dez anos.

¹⁰⁰ De acordo com o art. 166 da *LC*, que tem como epígrafe “Cómplices”, “[s]e consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”. BORJA GARCIA-ALAMÁN DE LA CALLE, *Aspectos Civiles de la Calificación del Concurso*, in: “Comentários a la Ley Concursal”, Colección Garrigues, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, S.A., 2004, p. 690, clarifica a noção de cúmplices como sendo todos aqueles que tenham cooperado de alguma forma em certos factos determinantes da qualificação culposa do concurso, mesmo que a sua intervenção em nada contenda com a causação ou agravamento da situação de insolvência. Prossegue o Autor considerando que o cúmplice não tem necessariamente que pertencer ao âmbito corporativo interno da pessoa afectada pela qualificação culposa do concurso, não obstante poder fazer parte do mesmo. No sentido de que pode haver uma multiplicidade de cúmplices, conduzindo a inúmeros problemas jurídicos GUILLERMO ALCOVER GARAU, *Introducción...*, cit., p. 501. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática veja-se também GUILLERMO ALCOVER GARAU, *La Calificación Concursal y los Supuestos de Complicidad*, in “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, nº 8, 2008, pp. 133-138; JOSÉ ANTÓNIO GARCÍA-CRUCES, *op. cit.*

¹⁰¹ O art. 172.2.3º da *LC* dispõe que “[l]a pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados” in CARLOS IRUZUBIETA, *op. cit.*, p. 1031. De notar, como já tivemos oportunidade de referir, que o Anteprojecto do CIRE previa na al. e) do nº 2 do art. 171º (que corresponde ao art. 189º) que se condenassem as pessoas afectadas pela qualificação a indemnizarem os credores dos danos e prejuízos causados.

¹⁰² Cfr. ponto 40 do DPreamb.

¹⁰³ V. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 384.

encontra umbilicalmente ligada ao proclamado desígnio do processo da insolvência que consiste na satisfação dos seus direitos¹⁰⁴.

2.4. Considerações finais

Será que podemos afirmar, na esteira do nº 40 do Decreto Preambular, que o incidente de qualificação da insolvência tem como escopo uma *responsabilização* dos administradores societários? Apenas concebemos uma resposta afirmativa se considerarmos que o legislador se quis referir a uma responsabilidade *ad hoc*, criada no seio de um processo insolvencial. Não obstante, não somos alheios ao facto desta “responsabilidade” apresentar pontos de contacto com o instituto da responsabilidade civil extra-contratual de que é corolário o art. 483º do CC: é necessário que se esteja perante um facto voluntário do agente (neste caso do devedor e/ou dos seus administradores, de direito ou de facto), ilícito (que se consubstancia na criação ou agravamento da situação de insolvência), culposo (apenas releva o dolo e a culpa grave), que se verifique a ocorrência um dano (o prejuízo para os credores societários consiste na diminuição do património societário, garantia dos seus créditos, e consequentemente, da massa insolvente) e ainda que aquele facto constitua causa adequada da produção deste dano. Porém, a relevância destes pontos de contacto dissipa-se se tivermos em atenção que o incidente de qualificação da insolvência não prevê, como acontece na responsabilidade civil, qualquer efeito indemnizatório, o que torna difícil sustentar a existência de uma *verdadeira* responsabilização.

Assim, o legislador pátrio optou (apenas) por prever o efeito patrimonial da perda de créditos que, apesar de ser reconduzido a uma situação de “confisco-sanção”¹⁰⁵, não desencadeia as consequências penosas que a expressão parece sugerir, deixando um rasto de sentimento de insaciabilidade.

¹⁰⁴ Seguimos de perto as considerações tecidas por RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 983, quando afirma que está presente neste efeito “a tutela do *património dos credores*, tutela que se liga à finalidade primordial do processo da insolvência, a saber, a *liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores*”. No mesmo sentido, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, *cit.*, p. 89. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 685, enuncia este efeito como tendo sido predisposto em favor dos próprios credores, beneficiando ainda “directamente a própria entidade insolvente e o seu património”. De notar que CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação...*, *cit.*, p. 96, considera que não obstante a diversa natureza dos efeitos previstos no art. 189º todos acabam por se projectar na esfera patrimonial do insolvente ou das outras pessoas a quem afectem.

¹⁰⁵ Nas palavras de MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, *cit.*, p. 293.

No entanto, não podemos ser alheios ao papel que o incidente de qualificação da insolvência pode desempenhar no plano das acções indemnizatórias. Assim, segundo CARNEIRO DA FRADA, o artigo 186º, ao prever o incidente de qualificação de insolvência como culposa e as situações que o fundamentam, consubstancia-se numa “disposição de protecção de interesses alheios cuja violação é delitualmente relevante *ex vi* do art. 78 nº 1 do CSC e/ou do art. 483 nº 1 do CC”¹⁰⁶. Importa desde já referir que o instituto da responsabilidade civil dos administradores societários perante os credores sociais, pela causação ou agravamento de uma insolvência, encontra (indirectamente) acolhimento nestes dois comandos legais que, por se encontrarem fora da órbita desta dissertação, nos vamos abster de tecer prolongadas considerações¹⁰⁷. Estamos sim em condições de afirmar que as consequências que a lei associou ao incidente de qualificação de insolvência visam – não só mas também¹⁰⁸ – proteger os credores da sociedade declarada insolvente, ou não girasse todo o processo insolvencial em redor da satisfação dos seus interesses. De acordo com este entendimento, o incidente de qualificação da insolvência parece ser susceptível de contribuir para determinar os comportamentos que possam ser alvo de responsabilidade civil pela insolvência.

3. A legitimidade do Administrador da Insolvência

No Título IV do CIRE reservado aos “Efeitos da declaração de insolvência”, mais concretamente no Capítulo I destinado aos “Efeitos sobre o devedor e outras pessoas”, situa-se o art. 82º, que sob a epígrafe “Efeitos sobre os administradores e outras pessoas” no seu nº 2 prescreve que “[d]urante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir: a) [a]s acções de responsabilidade que legalmente couberem em favor do

¹⁰⁶ CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 684-685. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 563, afirma que as normas de protecção, constituindo uma das duas formas essenciais de ilicitude (ao lado da violação de um direito de outrem), têm “em conta a ofensa de deveres impostos por lei que vise a defesa de interesses particulares, sem que confira, correspectivamente, quaisquer direitos subjectivos”, dependendo ainda da verificação dos seguintes requisitos: “1) que à lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal (...); 2) que se trate de interesses alheios legítimos ou juridicamente protegidos por essa norma (...); 3) que a lesão se efective no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela”.

¹⁰⁷ Sobre esta temática veja-se CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 653-702; ELISABETE RAMOS, *Da Responsabilidade dos Membros da Administração para com os Credores Sociais*, in “BFDUC”, Universidade de Coimbra, vol. LXXVI, Coimbra, 2000 e *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, Studia Iuridica 67, Coimbra Editora, 2002.

¹⁰⁸ De facto também se visa com este incidente alcançar outros objectivos como demover os administradores da prática de determinados comportamentos. Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 685.

próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros; b) [a]s acções destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência”.

Este preceito inovador¹⁰⁹ permite afirmar que o CIRE só não foi totalmente alheio à problemática da (eventual) responsabilidade dos administradores societários, uma vez que se reservou a regular aspectos adjectivos¹¹⁰, entre eles, o que respeita à legitimidade do administrador da insolvência para “propor e fazer seguir” as acções de responsabilidade dos administradores perante a sociedade e os credores sociais¹¹¹.

A legitimidade conferida pela lei ao administrador da insolvência pode ser qualificada de *extraordinária*¹¹² e *exclusiva*¹¹³. *Extraordinária*, tendo em conta que em situações normais, ou seja, de não insolvência, as acções teriam de ser propostas pela própria sociedade ou pelos próprios credores, na medida em que são estes os titulares do interesse na obtenção da indemnização. No entanto, foi o próprio legislador que conferiu ao administrador da insolvência poderes para litigar em nome próprio e assumir enquanto sujeito processual o papel de autor na acção¹¹⁴. *Exclusiva*, no sentido em que só ao administrador da insolvência é conferida, pela própria lei, legitimidade activa nas acções de responsabilização dos administradores societários na pendência de

¹⁰⁹ Cfr. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 344, n. 2. Não obstante, estes Autores, p. 345, n. 4, assim como MENEZES LEITÃO, *Código...*, cit., p. 125, n. 3, criticam a localização sistemática da regulação da competência exclusiva do administrador da insolvência. De facto, esta competência engloba-se no âmbito das competências do administrador da insolvência, as quais se encontram positivadas num artigo próprio – art. 55º – que prevê quais as suas funções e regula o seu exercício. Neste sentido veja-se também MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, 2009, p. 481, n. 187.

¹¹⁰ V. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 672. No mesmo sentido, CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 346, n. 7.

¹¹¹ Cabe-nos no entanto fazer uma ressalva: a al. b) do nº 2 do art. 82º não se limita apenas a regular a legitimidade do administrador da insolvência para “propor e fazer seguir” as acções de responsabilidade contra os *administradores da sociedade* perante os credores sociais. De facto, a lei ao não se referir ao sujeito passivo da acção deixa em aberto a possibilidade de outros sujeitos terem provocado danos aos credores da insolvência através da diminuição do património integrante da massa insolvente. Aliás, esta interpretação é corroborada no nº 4 do mesmo preceito legal ao regular que “[t]oda a acção dirigida contra o *administrador da insolvência* com a finalidade prevista na alínea b) do nº 2 apenas pode ser intentada por administrador que lhe suceda” (itálico nosso).

¹¹² Cfr. ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 15.

¹¹³ É a própria lei que o diz no nº 2 do art. 82º.

¹¹⁴ No mesmo sentido ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 15.

um processo de insolvência. De facto, a própria sociedade e os credores sociais constituem partes ilegítimas no âmbito destas acções. Cabendo a legitimidade exclusiva a este órgão da insolvência, evita-se uma multiplicação de acções com identidade de sujeitos do lado passivo e de objecto.

3.1. Alcance da legitimidade exclusiva do Administrador da Insolvência para efectivar a responsabilidade dos administradores perante a sociedade

A al. a) do nº 2 do art. 82º, prescreve a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência para propor a respectiva acção de responsabilidade contra um conjunto vasto de sujeitos, entre eles, os “administradores de direito e de facto”, em favor da própria sociedade devedora. Prescreve ainda que está afastada a necessidade deste órgão da insolvência obter o acordo da sociedade ou de qualquer dos seus órgãos¹¹⁵. De acordo com a disciplina jurídico-societária, a legitimidade para propor estas acções cabe, em primeira linha, à sociedade e, por via sub-rogatória, aos sócios e credores sociais (cfr. respectivamente art. 75º, nº 1 do art. 77º e nº 2 do art. 78º, todos do CSC). Por que razão é que o legislador veio criar um regime “*excepcional*”¹¹⁶?

Podemo-nos indagar sobre a viabilidade de estarmos perante um caso de representação¹¹⁷ do devedor por parte do administrador da insolvência tendo em conta que estão em causa “efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência” – nº 4 do artigo 81º¹¹⁸. Se fosse o caso, uma vez que a acção aqui em causa corre por apenso

¹¹⁵ Para mais desenvolvimentos acerca desta desnecessidade veja-se ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., pp. 16 -17. De notar que a acção social de responsabilidade proposta por sócios ou credores sociais, exige, respectivamente, no nº 4 do art. 77º do CSC, que a sociedade seja chamada à causa assim como, no art. 608º do CC *ex vi* nº 2 do art. 78º do CSC, que a devedora seja citada.

¹¹⁶ Expressão utilizada por ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 15.

¹¹⁷ No sentido da imprecisão deste termo utilizado pelo legislador, nomeadamente tendo em conta que tem subjacente “um resquício da antiga concepção do falido como incapaz”, ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., pp. 61-62. A Autora dá-nos conta que “o entendimento de que o insolvente é *substituído* pelo administrador da insolvência” se vislumbra mais adequado. No mesmo sentido PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, vol. II, Almedina, 1968, p. 109, que ainda no domínio da regulamentação do processo falimentar no Código de Processo Civil, considerava que o seu nº 3 do art. 1189º quando se referia à “representação” do falido pelo administrador estava a cometer uma “impropriedade de linguagem” uma vez que “o administrador não tem por função curar dos interesses do falido mas defender a massa em favor indirectamente dos credores que aguardam pagamento”.

¹¹⁸ Neste sentido ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 18. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 341, n. 7, consideram que através da representação do administrador da insolvência, por um lado, agiliza-se a actuação do administrador na satisfação do interesse dos credores, e por outro, é susceptível de afastar “os riscos envolvidos na prática do acto pela pessoa em função da qual a limitação é estabelecida – o devedor”.

ao processo de insolvência, estaríamos perante uma “excepção à excepção”¹¹⁹, ou seja, um retorno ao regime regra. Caso se perfilhe este entendimento, continua a não estar justificado o afastamento da legitimidade, por via sub-rogatória, dos sócios e credores da sociedade¹²⁰. Não obstante esta via funcionar como garantia dos direitos dos sócios e credores sociais perante a inércia da sociedade devedora, na pendência de um processo de insolvência, atribuindo o legislador legitimidade ao administrador da insolvência, parece que os direitos dos sócios e credores ficam devidamente acautelados¹²¹.

Não podemos deixar de ter presente que o processo de insolvência assume como finalidade primordial a satisfação dos interesses dos credores, *maxime*, o reembolso dos seus créditos. Assim, ao administrador da insolvência são atribuídos poderes que devem ser exercidos, fundamentalmente, no interesse dos credores – estes deveres reconduzem-se aos chamados deveres funcionais ou poderes-deveres¹²² – o que nos leva a concluir que este órgão da insolvência age (também) em representação da massa insolvente – nº 1 do art. 46º. Uma vez satisfeita a indemnização devida pelo administrador de direito ou de facto, de forma a ressarcir os danos causados ao património da sociedade, o seu valor reverterá em benefício da massa insolvente de onde sairão os pagamentos aos credores sociais. Consequentemente, esta acção vai permitir a sua satisfação “reflexa ou indirectamente”¹²³.

3.2. Alcance da legitimidade exclusiva do Administrador da Insolvência para efectivar a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais

A norma que nos propusemos analisar remete tacitamente para o regime jurídico-societário constante do CSC, mais concretamente para o art. 78º. Esta norma de carácter substantivo dispõe sobre as acções de responsabilização dos administradores da

¹¹⁹ Cfr. nº 5 do art. 81º e nº 5 do art. 82º. Parece-nos assim que este último artigo é subsumível a uma “expressa disposição em contrário”.

¹²⁰ No direito espanhol o legislador não previu, neste âmbito, a legitimidade *exclusiva* do administrador da insolvência. Apenas previu a sua legitimidade tendo em conta que a sociedade insolvente, por via da insolvência, não pode agir judicialmente. Assim, fica em aberto a legitimidade processual activa dos sócios e credores com vista a exercerem o seu direito por via subsidiária, perante a inércia do administrador da insolvência. V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, cit., p. 481, n. 187.

¹²¹ Como refere ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 18 “[e]spera-se que, por um lado, os deveres e responsabilidade que enquadram a actividade do administrador da insolvência e, por outro, a fiscalização que sobre si e a sua actividade é exercida contribuam para o adequado exercício das funções que lhe são atribuídas”.

¹²² Neste sentido CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 259, n. 13; ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 62.

¹²³ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 673.

sociedade a favor dos credores societários. Para a sua efectivação torna-se necessária a verificação de dois pressupostos cumulativos, ligados entre si por um nexo de causalidade: *por um lado*, que tenha havido violação culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores sociais; *por outro lado*, como consequência desta violação, que o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos¹²⁴.

À primeira vista parece causar uma certa perplexidade ter a lei atribuído legitimidade activa exclusiva ao administrador da insolvência no âmbito destas acções de responsabilização, afastando desta forma as regras gerais. Podemos-nos questionar, agora neste âmbito, sobre os motivos que estiveram na base do pensamento legislativo¹²⁵.

Esta solução justifica-se, desde logo, se atentarmos ao princípio *par conditio creditorum*, que rege que “na ausência de factos que determinem a aplicação de regras especiais, os credores estão em pé de igualdade perante o devedor”¹²⁶. Ao conferir legitimidade exclusiva ao administrador da insolvência para “propor e fazer seguir” estas acções, pretende-se alcançar dois objectivos: evitar, por um lado, que algum credor seja beneficiado através da adopção de uma actuação mais célere junto do devedor e, por outro, evitar uma proliferação de acções com o mesmo fim, que se traduziria num atraso na satisfação dos interesses dos credores¹²⁷. Tem-se entendido que o administrador da insolvência actua neste caso em representação da massa insolvente¹²⁸. ELISABETE RAMOS¹²⁹ chama à colação um argumento de teor literal que

¹²⁴ Parece que a referida insuficiência patrimonial se reconduz “ao passivo da sociedade ser superior ao activo dela”. De notar que existe assim uma acentuada justaposição entre o requisito exigido pelo art. 78º do CSC e o critério da verificação da situação de insolvência constante do nº 2 do art. 3º do CIRE. No entanto, uma sociedade pode encontrar-se impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas e desta forma insolvente – nº 1 do art. 3º do CIRE – e ter o activo superior ao passivo. V. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, in: “IDET” – Cadernos, nº 5, 2ª ed., Almedina, 2010, p. 75; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, cit., pp. 476-479; ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 228-231; No mesmo sentido, embora no âmbito do nº 1 do art. 23º do DL nº 49 381, de 15 de Novembro de 1969, RAÚL VENTURA/ LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, in “Sep. do BMJ”, nº 195, Lisboa, 1971, p. 67. A nível jurisprudencial, veja-se os Acs. do TRL de 13-01-2011 (EZAGÜY MARTINS) e de 24-02-2005 (ANTÓNIO VALENTE) in www.dgsi.pt.

¹²⁵ Na origem desta norma esteve o § 92 da *InsO*. Cfr MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, cit., p. 481, n. 190.

¹²⁶ Cfr RUI PINTO DUARTE, *Classificação...*, cit., p. 54.

¹²⁷ V. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 82; CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 672; ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 19; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, cit., p. 486.

¹²⁸ Tendo sempre presente que o “produto” da massa insolvente se destina à satisfação dos interesses dos credores. De acordo com a definição constante no nº 1 do art. 46º “[a] massa insolvente (...) abrange todo

consiste em a lei referir expressamente que os prejuízos são causados “à generalidade dos credores da insolvência”, admitindo que se trata de uma hipótese em que estão em causa “interesses individuais homogêneos” dos credores da insolvência. De facto, a norma em questão reporta-se a um dano que conduz a uma diminuição do património da massa insolvente, causando um prejuízo global à generalidade dos credores¹³⁰.

Será que a legitimidade do administrador da insolvência, no âmbito desta norma, por ser *exclusiva* pode configurar-se como limitativa e até, no extremo, atentatória dos direitos dos próprios credores? Como se verificará no caso deste órgão da insolvência, não obstante haver indícios que o justifique, não despoletar a respectiva acção de responsabilidade contra os administradores societários? Parece-nos que as respostas serão negativas, tendo em conta que o legislador acautelou hipóteses como a enunciada através de dois expedientes: primeiro, ao prever, em termos substantivos, no art. 59º a sua responsabilidade, e segundo, ao incluí-la, em termos adjectivos, na al. b) do nº 2 do art. 82º. Aliás, o legislador até foi mais longe ao reger que “[t]oda a acção dirigida contra o administrador da insolvência com a finalidade prevista na alínea b) do nº 2 apenas pode ser intentada por administrador que lhe suceda” – cfr. nº 4 do art. 82º¹³¹.

Se compararmos a al. b) do nº 2 do art. 82º do CIRE com o nº 4 do art. 78º do CSC constatamos que ambos regulam a legitimidade do administrador da insolvência para exercer processualmente os direitos dos credores na pendência do processo de insolvência. No entanto, enquanto o primeiro artigo classifica esta legitimidade de *exclusiva*, o segundo classifica-a de *facultativa*, ao dispor que “[n]o caso de falência da sociedade, os direitos dos credores *podem* ser exercidos, durante o processo de falência, pela administração da massa falida”¹³². Segundo ELISABETE RAMOS¹³³ o CIRE operou

o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo”.

¹²⁹ ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 19.

¹³⁰ Neste sentido, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, cit., p. 482, n. 190. Segundo a Autora, “não está em causa o dano sofrido *directamente* por todos os credores da insolvência (na hipótese, rara, de isso ser possível)” (itálico nosso).

¹³¹ O disposto no nº 4 do art. 82º deve ser conjugado com o art. 56º que no seu nº 1 confere a possibilidade ao juiz de destituir o administrador da insolvência com fundamento em justa causa, a todo o tempo e ouvidos a comissão de credores, quando exista, o devedor e o administrador da insolvência. Seguidamente à destituição, será designado um substituto para o cargo, nos termos do nº 2 do art. 56º. Como nos diz o Ac. do TRP de 09-06-2009 (CARLOS MOREIRA) in www.dgsi.pt, “[a] destituição do administrador da insolvência, ao abrigo do artº 56º nº1 do CIRE, apenas pode ocorrer quando se prove cabalmente a sua inaptidão ou incompetência para o exercício do cargo ou a violação pelo mesmo, de forma culposa e injustificada, dos deveres que lhe são legalmente impostos e de que resulte um relevante prejuízo para a massa insolvente”.

¹³² Itálico nosso.

uma revogação tácita¹³⁴ desta norma. De facto, ela afigura-se completamente desactualizada por não ter sido alvo de revisão após a entrada em vigor do CIRE, o que é desde logo perceptível pela menção à *falência* da sociedade e não à *insolvência* da mesma. No seguimento do pensamento desta Autora, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO¹³⁵ considera que a disposição do CSC deve ser interpretada à luz do CIRE, de forma a consagrar a legitimação *exclusiva*, e não apenas *possível*, dos administradores da insolvência para instaurar e fazer seguir as acções a que se refere.

4. O dever de apresentação à insolvência por parte dos administradores

4.1. Âmbito de aplicação

Constitui uma presunção ilidível da existência de culpa grave por parte dos administradores, de direito ou de facto, de uma sociedade, o incumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência – al. a) do nº 3 do art. 186º¹³⁶. De facto, “a não apresentação atempada à insolvência torna evidente o prejuízo para os credores, pelo avolumar de seus créditos face ao vencimento de juros e pelo consequente avolumar do passivo global da insolvente”¹³⁷. A figura da “falência a requerimento” ou “falência por apresentação”¹³⁸ encontra-se prevista no art. 18º e julgamos ser merecedora de especial atenção pela nossa parte, daí a sua autonomização num capítulo próprio.

Podemos afirmar que ao administrador lhe assiste o *direito*¹³⁹, por força do art. 19º¹⁴⁰, de apresentar a sociedade à insolvência, direito este que se transforma numa

¹³³ ELISABETE RAMOS, *A Insolvência da Sociedade...*, cit., p. 17. No mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 82.

¹³⁴ Dispõe o CC no seu art. 7º sob a epígrafe *Cessação da vigência da lei* “[q]uando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei” – nº 1 – admitindo ainda que a revogação pode ser expressa ou tácita “[a] revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior.” – nº 2.

¹³⁵ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, cit., p. 487.

¹³⁶ Cfr. Acs. do TRE de 17-04-2008 (SÍLVIO SOUSA) e do TRG de 07-06-2006 (ROSA TCHING) in www.dgsi.pt.

¹³⁷ V. Ac. do TRG de 30-04-2009 (RAQUEL REGO) in www.dgsi.pt.

¹³⁸ Cfr. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., pp. 330-331.

¹³⁹ V. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 32.

¹⁴⁰ Dispõe este artigo que no caso de o devedor não ser pessoa singular, o dever de apresentação à insolvência passa a recair sobre o órgão social incumbido da sua administração. A doutrina tem entendido que este dever também se estende aos administradores de facto, desde logo recorrendo a um argumento literal, uma vez que no nº 1 do art. 186º o legislador lhe faz menção expressa. Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, cit., p. 88, n. 24 e p. 127; MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 135; RICARDO COSTA, *op. cit.*, p. 43.

obrigação¹⁴¹, a partir do momento em que tome ou deva tomar conhecimento¹⁴² – caso respeite a um momento anterior – acerca da impossibilidade da sociedade de cumprir as suas obrigações vencidas¹⁴³. Ao administrador é concedido um prazo de 60 dias, a partir daquele momento, para cumprir este dever – n° 1 do art. 18°. Durante este período temporal o administrador tem a oportunidade de adoptar as diligências necessárias no sentido de travar o despoletamento do processo de insolvência¹⁴⁴. De notar que o dever de conhecimento a que nos reportamos carece de ser avaliado nos termos gerais, recorrendo à figura do *bonus paterfamilias* face às circunstâncias do caso concreto¹⁴⁵, ou melhor, recorrendo à figura de um administrador que pauta a sua conduta por uma diligente condução da empresa¹⁴⁶, colocado na concreta situação do administrador.

Sendo o devedor titular de uma empresa, a lei, no n° 3 do art. 18°, socorre-se de uma presunção *iuris et de iure*¹⁴⁷ para considerar que este se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas volvidos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado ou “das suas obrigações tributárias, ou das suas obrigações à segurança social, ou das suas obrigações de retribuição laboral, ou das rendas devidas por locação, incluindo financeira, ou ainda de dívidas respeitantes a empréstimo hipotecário para aquisição do local de actividade, sede ou residência”¹⁴⁸.

¹⁴¹ No entanto não afasta o facto de que, sob determinado ponto de vista, subsista também um direito. Cfr. GUSTAVO BONELLI, *Commentario al Codice di Commercio*, vol. VIII (Del Fallimento), parte I, Milano, Vallardi, s. d., p. 154.

¹⁴² O Ac. do TRP de 09-01-2006 (PINTO FERREIRA) in www.dgsi.pt é ilustrativo desta ideia como se pode ler na seguinte passagem: “a lei não fala em apresentação à insolvência, pedido de insolvência ou declaração de insolvência, mas antes em verificação da situação de insolvência, como se referindo ao momento em que tal percepção e conhecimento é do próprio insolvente”.

¹⁴³ Pela referência expressa que o art. 18° faz ao n° 1 do art. 3°, Autores como ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 33, n. 67; MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 136; CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., pp. 125-126, n. 6, têm entendido que a situação de insolvência constante do n° 2 do art. 3° se encontra excluída. Este não parece ser o entendimento de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, cit., p. 124, n. 146, quando afirma que “recai sobre o órgão de administração a obrigação de requerer a declaração de insolvência da sociedade nos sessenta dias seguintes à data do conhecimento dessa situação ou à data em que fosse seu dever conhecê-la; e que a sociedade é considerada insolvente, nomeadamente, «quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis»”.

¹⁴⁴ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 700.

¹⁴⁵ V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 126, n. 8.

¹⁴⁶ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 700.

¹⁴⁷ Segundo CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 337, esta presunção tem em vista “reduzir as possibilidades de fuga ao dever com fundamento no desconhecimento da insolvência”.

¹⁴⁸ V. MENEZES LEITÃO, *Código...*, cit., p. 66, n. 4. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 126, n. 8, concretizam esta presunção inilidível ao afirmar que ela se reconduz ao incumprimento generalizado “do tipo” de obrigações, recorrendo a um exemplo com vista à sua ilustração “[e]sclarecendo, se um devedor celebrou e tem em curso vinte contratos de locação, que impõem prestações mensais, e deixa de pagar as de um, mantendo o pagamento das dos restantes, não se preenche a previsão do n° 3 do art.º 18°. Se, porém, mantém o pagamento das rendas de um, mas deixa de pagar as dos outros, por mais de três meses, aí ocorre uma situação que obriga à apresentação”; LEBRE DE

A lei exceptua do *dever* de apresentação à insolvência as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa¹⁴⁹, no momento em que incorrem em situação de insolvência – cfr. nº 2 do art. 18º. Não obstante, estes “devedores comuns”¹⁵⁰ são sempre titulares do *direito* de se apresentarem à insolvência¹⁵¹. Desta forma, parece que o legislador põe a tónica deste regime na diferenciação entre o devedor titular de uma empresa e o devedor não titular de empresa, dotando os primeiros, nas palavras de CATARINA SERRA, de uma maior “responsabilidade jurídica”¹⁵². Em breves palavras a Autora resume esta ideia: “a acção do comerciante insolvente envolve um interesse de ordem geral e é por isso que ela é subtraída ao domínio da sua vontade”¹⁵³.

Podemo-nos questionar se decorrido o prazo de 60 dias para o administrador apresentar a sociedade à insolvência, este dever se extingue com a caducidade do prazo ou, pelo contrário, subsiste. Acolhemos a última solução¹⁵⁴. Não nos parece aceitável que, com o decurso do prazo, se retire legitimidade ao administrador para instaurar a acção. Primeiro, porque não se trata de um prazo peremptório¹⁵⁵; segundo, porque poderia acontecer, caso professássemos entendimento contrário, que uma vez vedado ao administrador o impulso processual, teríamos de aguardar pela iniciativa dos credores ou outros legitimados, iniciativa esta sujeita ao preenchimento de algum dos índices da situação de insolvência (cfr. art. 20º) ancorados variadas vezes no decurso de certos

FREITAS, *Pedido de Declaração de Insolvência*, in: “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, MJ, Coimbra Ed., 2004, p. 18, n. 11, também clarifica que o adjectivo “generalizado” se reconduz a qualquer das obrigações da al. g) do nº 1 do art. 20º e significa “rigorosamente, reiterado”.

¹⁴⁹ De notar que o CIRE avança com uma noção de empresa no seu art. 5º.

¹⁵⁰ Expressão utilizada para se referir aos devedores pessoas singulares não titulares de uma empresa por CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 342.

¹⁵¹ Afirma-se no Ac. do TRC de 26-05-2009 (ARTUR DIAS) in www.dgsi.pt, que “[p]or maioria de razão” estes devedores “mantém legitimidade para requerer a declaração da sua insolvência a todo o tempo, sem sujeição a qualquer prazo”.

¹⁵² CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 342.

¹⁵³ Cfr. *id.*, *ibid.*, pp. 342-343. Somos sensíveis e perfilhamos da opinião da Autora quando considera que apesar da obrigação do devedor se apresentar à insolvência ter na sua base interesses de cariz privados, uma vez que o despoletamento atempado do processo leva à satisfação dos interesses dos credores, a distinção de regime entre o devedor titular de uma empresa e o devedor não titular de uma empresa parece assentar num interesse de ordem pública. De facto, não podemos ser alheios à função sócio-económica que o devedor titular de uma empresa desempenha, recaindo sobre ele uma expectativa de saber avaliar a situação da sua própria empresa, guiando-se de forma a evitar que se produzam danos quer para os interesses particulares quer para os interesses gerais.

¹⁵⁴ É também neste sentido que se tem pronunciado a nossa jurisprudência, p. ex., no Ac. do STJ de 14-11-2006 (BORGES SOEIRO), no Ac. do TRC de 26-05-2009 (ARTUR DIAS) e no Ac. do TRG de 07-06-2006 (ROSA TCHING) in www.dgsi.pt. Pode ler-se neste último aresto que o prazo em questão “não é um prazo de caducidade, tratando-se, antes, de um prazo estabelecido como forma de concretizar o dever de apresentação à insolvência que impende sobre o devedor”.

¹⁵⁵ Uma vez que, com o seu decurso, não se verifica um efeito preclusivo. Cfr., embora no âmbito do regime legal anterior, CARVALHO FERNANDES, *Natureza do Prazo para o Insolvente Requerer a Falência*, in “Sep. da RDES”, Jan.-Set., 1997, ano XXXIX (XII da 2ª série), nºs 1-2-3, pp. 261-264.

prazos¹⁵⁶. No entanto, apesar de ultrapassado o prazo previsto na lei para o cumprimento do dever de apresentação à insolvência, o facto deste dever poder continuar a ser exercido, não obsta a que se esteja perante uma situação de incumprimento, sujeitando o administrador societário às devidas consequências legais¹⁵⁷.

Resta-nos apenas ressaltar que no nº 4 do art. 3º se equipara, apenas no caso de apresentação pelo devedor à insolvência, a situação de insolvência actual à meramente iminente¹⁵⁸. Este preceito vem, assim, contemplar a apresentação da sociedade à insolvência uma vez confrontada com a probabilidade desta não cumprir as suas obrigações aquando do seu vencimento¹⁵⁹.

4.2. O incumprimento do dever de apresentação à insolvência

Reconduzindo-se a apresentação do administrador à insolvência a um “dever autónomo em sentido técnico próprio”¹⁶⁰, o seu não acatamento ou acatamento tardio, irá originar uma série de consequências jurídicas previstas em variados diplomas legais: desde logo no CIRE¹⁶¹, já que configura uma presunção ilidível de culpa grave para

¹⁵⁶ CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 125, n. 5. De notar que está afastada a possibilidade de declaração oficiosa da falência, que vigorou durante bastante tempo na maior parte das legislações, cfr. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 343.

¹⁵⁷ No mesmo sentido CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 125, n. 5; MENEZES LEITÃO, *Código...*, cit., p. 66, n. 4. Veja-se a este propósito o Ac. do TRC de 26-05-2009 (ARTUR DIAS) in www.dgsi.pt, quando afirma que “a apresentação à insolvência configura-se (...) como um dever cujo não cumprimento *atempado* acarreta sanções” (itálico nosso).

¹⁵⁸ Sobre o conceito de insolvência iminente veja-se ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., pp. 24-25.

¹⁵⁹ A doutrina pátria não é unânime quanto à questão de saber se perante a insolvência iminente da sociedade o legislador impõe ao administrador societário um dever de apresentação à insolvência ou apenas lhe concede uma faculdade. Perfilhando do primeiro entendimento CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., pp. 71-72, n. 5 e p. 127, n. 12, cuja posição é defendida no Ac. do TRG de 11-01-2011 (ANTÓNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA); já no sentido de que estamos perante uma faculdade, desde logo se atentarmos à letra da lei do nº 1 do art. 18º que remete apenas para o nº 1 do art. 3º, MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 138.

¹⁶⁰ V. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, cit., p. 124, n. 4. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 107, define “vínculos obrigacionais plenamente autónomos” como aqueles “que não supõe entre os respectivos sujeitos uma relação jurídica anterior (direito real, familiar, sucessório, etc.), de que constituam um corolário mais ou menos próximo”.

¹⁶¹ RUI PINTO DUARTE, *Efeitos...*, cit., p. 143, perfilhando de uma opinião crítica considera que “as normas sobre a insolvência devem estimular os devedores insolventes a reconhecerem-na e é óbvio que os principais instrumentos para alcançar esse fim devem ter a natureza de cenouras – e não de paus”. Já CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro...*, cit., p. 347, n. 889, afasta-se da opinião do Autor e avança com o argumento de que se com a violação da disciplina do art. 18º o direito insolvencial não propusesse uma sanção, não estaríamos perante uma obrigação, mas sim perante um ónus, esvaziando-se a disciplina do citado artigo de real aplicabilidade. A Autora, *O Novo Regime...*, cit., pp. 27-28, chega mesmo a aplaudir o empenho do legislador no “reforço” deste dever com a “previsão de severas sanções penais e civis” no caso de incumprimento.

efeitos da qualificação da insolvência como culposa – al. a) do nº 3 do art. 186º; no Código Penal, na medida em que pode corresponder aos crimes previstos nos seus arts. 227º e ss¹⁶². No entanto, estas consequências jurídicas não são aptas a ressarcir os (eventuais) danos causados pelo administrador pela omissão ou dilação do dever de apresentação à insolvência. Estes danos consistem na diminuição do património social, o que se vai reflectir na diminuição da massa insolvente e, conseqüentemente, no valor a distribuir pelos credores, que também será menor¹⁶³. Tem-se entendido que, uma vez que o art. 18º pode ser classificado de norma destinada a defender interesses alheios, habitualmente conhecida como norma de protecção¹⁶⁴, se pode e deve recorrer ao instituto da responsabilidade civil extra-contratual, nos termos conjugados dos arts. 78º do CSC e parte 2ª do nº 1 do art. 483º do CC¹⁶⁵. CARNEIRO DA FRADA¹⁶⁶ distingue, no que concerne à averiguação dos danos, entre *credores antigos*, aqueles que já o eram aquando do surgimento do dever de apresentação, e *credores novos*, os que apenas se tornaram credores após a violação deste dever. Enquanto para os primeiros o dano se consubstancia na diferença entre o valor dos seus créditos, se este dever não tivesse sido violado, e o valor que efectivamente vieram a receber no processo de insolvência; para os segundos o dano reconduz-se ao dano negativo ou dano de confiança, que resulta do facto dos credores terem contratado com uma empresa insolvente, contrato que deixariam de celebrar se soubessem dessa ocorrência. De facto, esta responsabilidade extra-contratual baseada na violação desta norma de protecção confere ao lesado uma previsão específica da ilicitude da conduta do administrador (art. 18º e al. a) do nº 3 do art. 186º)¹⁶⁷. De notar a dificuldade com que os nossos tribunais se têm deparado para

¹⁶² Para uma análise mais detalhada e crítica acerca destes crimes e da sua conjugação com o disposto no CIRE, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, cit., pp. 125-126, nts. 149-150.

¹⁶³ De notar o Ac. do TRG de 15-03-2011 (MARIA DA CONCEIÇÃO SAAVEDRA) quando afirma “[a]ssim, e em princípio, quanto mais tarde se proceder à liquidação do património dos insolventes para pagamento aos credores, menor é a possibilidade da satisfação destes. Nessa medida, poderemos afirmar que decorrerá sempre um prejuízo para os credores com o atraso na apresentação à insolvência” in www.dgsi.pt.

¹⁶⁴ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 73; CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 700.

¹⁶⁵ Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pp. 137-138; CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 700. Veja-se também a este propósito ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual...*, cit., p. 34 e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, cit., pp. 126 e ss.

¹⁶⁶ CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 700. No mesmo sentido MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pp. 137-138.

¹⁶⁷ No sentido de que o lesado também pode beneficiar de uma presunção de culpa grave, susceptível de ser objecto de ilisão, cfr. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 700-701. Sobre o mesmo tema, veja-se também, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Responsabilidade...*, cit., p. 127, n. 154.

dar como provado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do administrador na violação do dever de apresentação e o prejuízo que dela deriva para os credores¹⁶⁸.

Rege o ponto 13 do Diploma Preambular que “[u]ma lei da insolvência é tanto melhor quanto mais contribuir para maximizar ex post o valor do património do devedor sem por essa via constituir ex ante um estímulo para um comportamento negligente”. É certo que os administradores estão sujeitos a serem responsabilizados “numa dupla perspectiva: ou porque eles não apresentam a sociedade à insolvência quando devem, ou porque a apresentam quando não devem”¹⁶⁹. Assim, existe uma grande zona de tensão entre estas duas responsabilidades (por violação do dever de apresentação e por dedução de um pedido infundado de insolvência), o que exige uma delimitação rigorosa e ponderada dos seus contornos¹⁷⁰.

CAPÍTULO VI – Conclusão

Constitui finalidade aclamada do Direito da Insolvência a satisfação dos interesses dos credores. Este Direito Insolvencial, reconduzindo-se a um direito em que o insolvente, enquanto devedor, é responsável patrimonialmente perante os credores, determina que a satisfação dos interesses destes consista no pagamento dos seus créditos, pagamento este condicionado à suficiência dos bens do insolvente – neste contexto radica a máxima *par conditio creditorum*.

Ora, quando nos deparamos, nos termos do nº 1 e nº 2 do art. 3º, com a insolvência de uma sociedade por quotas ou anónima, levanta-se a questão de saber que mecanismos é que o CIRE encontrou por forma a tutelar os interesses dos seus credores. Esta questão ganha relevo quando os membros do órgão de administração contribuem, com dolo ou com culpa grave, para a situação de insolvência da sociedade, quer despoletando-a, quer agravando-a. Este foi o objecto da nossa investigação.

Antes de mais, o CIRE foi inovador não só ao estabelecer no seu artigo 6º o conceito de administradores como também ao englobar dentro deste conceito, para além dos administradores de direito, os administradores de facto. No entanto, este Corpo de Leis, embora tendo todas as condições para o fazer, demitiu-se de regular em termos substantivos o tema da responsabilidade civil dos administradores societários perante os

¹⁶⁸ *Id. ibid.*, pp. 127-128, nts. 152 e 158.

¹⁶⁹ CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 665.

¹⁷⁰ Para uma resenha acerca da responsabilidade por pedido infundado da insolvência MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé...*, *cit.*, pp. 193-232; CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 656-669.

credores sociais. E fê-lo renunciando o legado deixado pelo CPEREF, que através da revisão legislativa introduzida pelo DL nº 315/98, de 20 de Outubro, mais concretamente através dos seus artigos 126º-A, 126º-B e 126º-C, veio prever a responsabilidade solidária e ilimitada destes sujeitos. E fê-lo ainda renunciando ao que se encontrava expressamente previsto na sua versão embrionária – al. e) do art. 171º do Anteprojecto – ou seja, a condenação dos administradores a indemnizarem os credores dos danos e prejuízos causados. Ao invés, o CIRE limitou-se a prever o incidente de qualificação da insolvência desprovido deste efeito, por muito que com o objectivo assumido de obter uma maior e mais eficaz responsabilização dos administradores societários. No entanto, esta *responsabilização* desencadeia consequências essencialmente preventivas e civis de carácter pessoal. De facto, o efeito da perda de créditos previsto na al. d) do nº 2 do art. 189º, embora de parca notoriedade, reconduz-se à única consequência de índole patrimonial e reconstitutiva, apta a possibilitar um incremento da massa insolvente e, consequentemente, uma melhor satisfação dos direitos dos credores societários.

Desta forma, o legislador insolvencial remeteu tacitamente a disciplina da responsabilidade civil dos administradores societários perante os credores sociais para o comando legal do art. 78º do CSC e, em última instância, para o regime geral do art. 483º do CC. No entanto, se se entender que o art. 186º, ao prever o incidente de qualificação da insolvência como culposa e ao determinar alguns comportamentos que o fundamentam, pode ser reconduzido a uma norma de protecção de interesses alheios, é possível vislumbrar o seu contributo no âmbito da acção de responsabilidade prevista naqueles artigos.

Não obstante ter sido peremptório o afastamento do regime substantivo da responsabilidade civil dos administradores societários perante os credores sociais para outros diplomas legais, o legislador não foi totalmente alheio a esta problemática ao consagrar a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência para “propor e fazer seguir” estas acções.

Por fim, o dever de apresentação à insolvência foi merecedor de especial atenção por dois motivos: por um lado, por se reconduzir a um dos deveres basilares no âmbito do Direito da Insolvência e, por outro, porque com o seu incumprimento se violam normas de protecção dos credores sociais – art. 18º e al. a) do nº 3 do art. 186º – o que irá permitir ao lesado uma melhor efectivação da responsabilidade dos administradores societários.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, in: “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho” – Cadernos, nº 5, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO, *Curso de Direito Comercial, Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, volume I, reimpressão da 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO/ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho)*, in “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho” – Miscelâneas, nº 3, Almedina, Coimbra, 2004, pp.7-55.

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Declaração da Situação de Insolvência*, in: “O Direito”, II, ano 137º, 2005, pp. 507-525.

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Liability of Corporate Groups, Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law, An International and Comparative Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer Boston, 1994.

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.

BONELLI, GUSTAVO, *Commentario al Codice di Commercio*, vol. VIII (Del Fallimento), parte I, II e III, Milano, Vallardi, s. d.

CALLE, BORJA GARCIA-ALAMÁN DE LA, *Aspectos Civiles de la Calificación del Concurso*, in: “Comentários a la Ley Concursal”, Colección Garrigues, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2004, pp. 681-699.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2009.

COSTA, RICARDO, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in: “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho” – Colóquios, Temas Societários, nº 2, 2006, pp. 25-43.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Introdução ao Direito da Insolvência*, in: “O Direito”, 137, III, 2005, pp. 465-506.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa in Agendo*, 2ª edição aumentada e actualizada, Almedina, Coimbra, 2011.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, tomo V, Legitimidades, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas, 2ª reimpressão da edição de Maio de 2005, Almedina, Coimbra, 2011.

DUARTE, RUI PINTO, *Classificação dos Créditos sobre a Massa Insolvente no Projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, in: “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 51-60.

DUARTE, RUI PINTO, *Efeitos da Declaração de Insolvência quanto à Pessoa do Devedor*, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, pp. 131-150.

EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in: “Direito e Justiça”, volume XIX, tomo II, 2005, pp. 191-203.

EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, PUC, Porto, 2000.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor*, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, pp. 81-104.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Natureza do Prazo para o Insolvente Requerer a Falência*, in: “Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Jan.-Set., 1997, ano XXXIX (XII da 2ª série), números 1-2-3, pp. 257-264.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português*, in “Colectânea de Estudos sobre a Insolvência”, Quid Iuris, Lisboa, 2009, pp. 41-82.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO/LABAREDA, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, reimpressão (inclui notas de actualização dos diplomas publicados até Agosto de 2009), Quid Iuris, Lisboa, 2009.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO/LABAREDA, JOÃO, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3ª edição (2ª reimpressão) actualizada com o DL nº 315/98, de 20 de Outubro, Quid Iuris, Lisboa, 2000.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, INÉS, *La Calificación del Concurso*, in: “La Reforma de la Legislación Concursal – Estudio Sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de Julio”, coord. de Alberto J. de Martín Muñoz, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, pp. 257 e ss.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, in: “Separata da Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, Setembro, 2006, pp. 653-702.

FREITAS, JOSÉ LEBRE, *Apreensão, Restituição, Separação e Venda de Bens no Processo de Falência*, in: “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, volume 36, 1995, pp. 371-382.

FREITAS, JOSÉ LEBRE, *Pedido de Declaração de Insolvência*, in: “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 11-21.

FREITAS, JOSÉ LEBRE, *Pressupostos Objectivos e Subjectivos da Insolvência*, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, pp. 11-23.

GARAU, GUILLERMO ALCOVER, *Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal*, in: “Derecho Concursal – Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal”, Dilex, Madrid, 2003, pp. 487-503.

GARAU, GUILLERMO ALCOVER, *La Calificación Concursal y los Supuestos de Complicidad*, in: “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, nº8, 2008, pp. 133-138.

GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTÓNIO, *Concursado, Cómplices y Personas Afectadas por la Calificación (en Torno del Ámbito Subjectivo del Concurso Culpable)*, in “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia”, tomo V, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4913 y ss., disponível no site http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/Homenaje%20a%20Olivencia.pdf.

IRUZUBIETA, CARLOS VÁZQUEZ, *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de Julio*, Texto legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formulários. Dijusa, Madrid, 2003.

LABAREDA, JOÃO, *O Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Alguns Aspectos Mais Controversos*, in: “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho” – Miscelâneas, nº 2, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 9-49.

LEITÃO, LUÍS M. T. DE MENEZES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

LEITÃO, LUÍS M. T. DE MENEZES, *Direito da Insolvência*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

LEITÃO, LUÍS M. T. DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, volume I, Introdução da Constituição das Obrigações, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

LEITÃO, LUÍS M. T. DE MENEZES, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil (Estudo Dogmático sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, Face à Contraposição entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa)*, Almedina, Coimbra, 2005.

MACEDO, PEDRO DE SOUSA, *Manual de Direito das Falências*, volume II, Almedina, Coimbra, 1968.

MACHADO, J. BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, RUI ESTRELA DE, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, in: “O Direito”, II, Ano 142º, 2010, pp. 931-987.

RAMOS, MARIA ELISABETE, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português*, in “Prim@Facie – Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba”, nº 7, 2005, pp. 5-32, disponível em www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/jul_dez_o5.htm.

RAMOS, MARIA ELISABETE, *Da Responsabilidade dos Membros da Administração para com os Credores Sociais*, in: “Boletim da Faculdade de Coimbra”, Universidade de Coimbra, volume LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 251-288.

RAMOS, MARIA ELISABETE, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, Studia Iuridica 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Responsabilidade de Gerentes e Administradores pela Actuação na Proximidade da Insolvência de Sociedade Comercial*, in: “O Direito”, I, Ano 142º, 2010, pp. 81-128.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009.

SERRA, ADRIANO VAZ, *Responsabilidade Patrimonial*, in: “Separata do BMJ”, 1958, nº 75, pp. 5-410.

SERRA, CATARINA, *Alguns Aspectos da Revisão do Regime da Falência pelo DL nº 315/98, de 20 de Outubro*, in: “Separata da Scientia Iuridica”, tomo XLVIII, nºs 277/279, Janeiro/Junho, 1999, pp. 183-206.

SERRA, CATARINA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito, O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

SERRA, CATARINA, “*Decotor Ergo Fraudator*”? – *A Insolvência Culposa (Esclarecimentos sobre um Conceito a Propósito de umas Presunções)* – Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 4886/07, in: “Cadernos de Direito Privado”, nº 21, Janeiro/Março, 2008, pp. 54-71.

SERRA, CATARINA, *Falências Derivadas e Âmbito Subjectivo da Falência*, Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 37, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

SERRA, CATARINA, *O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

TORRES, NUNO MARIA PINHEIRO, *O Pressuposto Objectivo do Processo da Insolvência*, in: “Direito e Justiça”, volume XIX, tomo II, 2005, pp. 165-177.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10º ed., 8ª reimpressão da 10ª edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2011.

VENTURA, RAÚL/ CORREIA, LUÍS BRITO, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas. Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português. Nota Explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei nº 49 381 de 15 de Novembro de 1969*, in “Separata do BMJ”, números 192 (pp. 5-112), 193 (pp. 5-182), 194 (pp. 5-113) e 195 (pp. 21-90), Lisboa, 1971.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| SIGLAS E ABREVIATURAS..... | 6 |
| CAPÍTULO I – Introdução..... | 9 |
| CAPÍTULO II – A Finalidade do CIRE | |
| 1. Breve conspecto..... | 10 |
| 2. A satisfação dos interesses dos credores..... | 13 |
| CAPÍTULO III – O Administrador para efeitos do Código | |
| 1. Breve análise..... | 14 |
| 2. O conceito de Administrador à luz do Direito da Insolvência..... | 15 |
| CAPÍTULO IV – A Tutela dos Credores à luz do CPEREF..... | 18 |
| CAPÍTULO V – A Tutela dos Credores à luz do CIRE | |
| 1. Noções preliminares..... | 21 |
| 2. O incidente de qualificação da insolvência..... | 22 |
| 2.1. Traços gerais..... | 22 |
| 2.2. Do Anteprojecto ao CIRE..... | 25 |
| 2.3. A perda de créditos..... | 27 |
| 2.3.1. Pressupostos..... | 27 |
| 2.3.2. A extensão do efeito..... | 29 |
| 2.4. Considerações finais..... | 31 |

| | |
|---|-----------|
| 3. A legitimidade do Administrador da Insolvência..... | 32 |
| 3.1. Alcance da legitimidade exclusiva do Administrador da Insolvência para efectivar a responsabilidade dos administradores perante a sociedade..... | 34 |
| 3.2. Alcance da legitimidade exclusiva do Administrador da Insolvência para efectivar a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais..... | 35 |
| 4. O dever de apresentação à insolvência por parte dos administradores | 38 |
| 4.1. Âmbito de aplicação..... | 38 |
| 4.2. O incumprimento do dever de apresentação à insolvência.. | 41 |
| CAPÍTULO VI – Conclusão..... | 43 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 45 |

